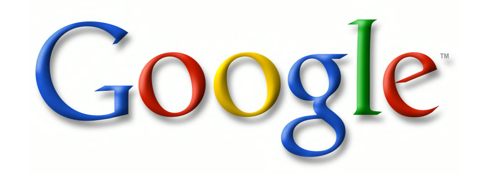




AGUILAR

Informe

1886



INFORME

PRONUNCIADO ANTE LA 1ª SALA

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO

POR EL LICENCIADO

JESUS MARÍA AGUILAR

A NOMBRE DE

DON JOSE MARIA FLORES

EN EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR DON REMIGIO NORIEGA

EN LOS AUTOS
QUE CONTRA AQUEL PROMOVIÓ SOBRE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO
Y PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.



MÉXICO

IMPRENTA DE IGNACIO ESCALANTE
BAJOS DE SAN AGUSTIN, NUM. 1.

1886

Por parte del Sr. D. José María Flores suplico á este respetable Tribunal se sirva desechar el recurso de casacion que interpuso el Sr. D. Remigio Noriega, en el juicio seguidò contra aquel sobre cumplimiento de contrato, declarando que no es de casarse la sentencia de 18 *de Setiembre último, y condenando al recurrente en el pago de costas, daños y perjuicios, pues así procede en justicia por las razones que en seguida páso á exponer.*

> "No pueden apreciarse como motivo de casacion las leyes y doctrinas que se citan aglomeradas con tan notable incoherencia, que revelan la imposibilidad absoluta, ó cuando ménos relativa de su aplicacion al caso de los autos."
>
> *(Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 30 de Enero de 1886).*

Señores Magistrados:

Si la conciencia del deber, que es siempre el móvil de los hombres honrados, no fuera bastante á empeñar todos mis esfuerzos en sostener con vigor y con inflexible energía la defensa de la interesante causa que se ha confiado á mi insuficiencia en este negocio, motivos serios sobrarian para estimularme á desplegar el más decidido afan en tan plausible y noble tarea, porque en ello se versan otras consideraciones tan graves y de tan alta importancia como lo son el sentimiento de la justicia, la majestad de la ley, el amor á la ciencia y el honor que merece nuestra Magistratura.

El sentimiento de la justicia, innato en el hombre, orígen y base, así como objeto primordial de las instituciones sociales, que impone á nuestros débiles hombros, en el ejercicio de este ministerio augusto de la carrera del foro, la ruda, pero preciosa carga de sustentar los más sagrados derechos, cuando se encuentran amenazados, tomándolos bajo la proteccion de esa especie de sacerdocio que profesamos, como lo llamaba uno de los más célebres jurisconsultos romanos.

La majestad de la ley, única verdadera y sólida garantía de los ciudadanos en sus intereses más caros, prenda cierta y segura de la felicidad de los pueblos, que entre nosotros necesita robustecerse, afirmándose su poder y su benéfico imperio por los elevados funcionarios á quienes está encomendada la suprema autoridad de aplicarla, prestándoles todos aunque no sea más que una modesta y humilde cooperacion para que afiancen con inexorable imparcialidad y con toda la luz de su clarísima inteligencia, la estricta observancia de sus soberanos preceptos.

El amor á la ciencia, faro luminoso y espléndido que nos guía para recorrer con paso firme el sendero que conduce al exacto conocimiento del Derecho, llave de oro con que se abren las anchurosas puertas del templo donde se pronuncian los profundos oráculos para interpretarlo, que vosotros teneis la grande mision de dictar, y nosotros debemos recibir de vuestros labios con veneracion y respeto; pero á costa del asiduo trabajo y del estudio detenido y maduro con que debemos proponeros las cuestiones sujetas á vuestra ilustrada deliberacion, para que sobre ellas recaigan acertadas y sábias resoluciones que salven la pureza de los principios, mantengan intacto esa especie de depósito tradicional de doctrinas y de verdades jurídicas, complemento indispensable para darles vida y desarrollarlos, y nos sirvan así de eficaz antídoto para preservarnos de todo error y todo extravío, en medio del estado de transicion, de este período incierto de reforma y renovacion general en las relaciones civiles que atravesamos, tan ocasionado, como lo son todos los de su especie, á perturbar los espíritus y trastornar las ideas.

El honor, en fin, de nuestra magistratura, de cuyo prestigio, mérito y dignidad dependen los demás inapreciables bienes anteriormente indicados; que con frecuencia es el blanco de las más acerbas censuras; que en este asunto lo ha sido de inmerecidas calificaciones y aun de graves ofensas, nunca á la verdad más inmotivadas é injustas; y que por lo mismo está en nuestro deber vindicar, dedicando nuestro celo y nuestra bien modesta aptitud á su más cumplida defensa para desagraviarla, no sólo porque se ha

hecho digna en el caso del homenaje que le corresponde por la reconocida justificacion con que ha obrado, sino porque es tambien acreedora al tributo de elogio y universal aplauso que se le ha prodigado por la inteligencia y habilidad con que lo hizo, segun los términos del fallo que tiene el Tribunal á la vista, que tanto sobresale como una de las más recomendables y más distinguidas sentencias pronunciadas en nuestra administracion de justicia, y puede muy bien presentarse como uno de los monumentos jurídicos destinados á figurar en los anales de nuestro foro.

Dichoso yo si logrando acercarme, aunque no sea más que de muy léjos, á la altura de tales y tan superiores consideraciones, consigo servir, á lo ménos en algo, á las ingentes necesidades de los intereses que representan, al examinar para combatirlo el recurso interpuesto, que es tan improcedente é infundado como voy á procurar demostrarlo, á pesar del lujo y de la profusion de argumentos con que se ha querido recomendar á vuestra reflexiva atencion, para darle un barniz de legitimidad que lo pudiera hacer aparentemente atendible.

La naturaleza ó índole de ese recurso, tal como lo establece la ley, me obligan á adoptar por base de mi impugnacion en este alegato, el tenor ó texto literal del escrito en que fué introducido, al cual es preciso estrictamente atenerse, sin que sea lícito en manera alguna separarse de él, para juzgar de los motivos de casacion que se exponen. Así es que, bajo este supuesto entraré al presente debate, en que me ha llegado ya el turno de tomar la parte que me corresponde para contestar el lucido informe que acaba de pronunciar el muy recomendable y distinguido patrono contrario, sujetándome á la norma invariable de aquel mismo escrito, que por lo demás no se ha hecho otra cosa que amplificar y desenvolver en el largo curso de esta audiencia. Y consecuente desde luego con ese propósito, analizaré detenidamente su contenido en todos y cada uno de los puntos de ataque ó de censura que encierra contra la sentencia objetada, á fin de apreciar las infracciones que se suponen cometidas en ella; agrupando las ideas segun el sistema reconocido ya por el recurrente, como más natural y más pro-

pio en el caso, que es el de recorrer sucesivamente los considerandos que dicha sentencia comprende, pero relacionándolos con las cuestiones tratadas por la Sala sentenciadora en su fallo, que son las siguientes.

CUESTIONES DEBATIDAS.

CONSIDERANDO PRIMERO.

I. Valor del mandato y de los actos ejercidos en virtud de él por el mandatario, cuando es general ó especial sobre negocio que pase de mil pesos, y no consta en escritura pública.

II. Autorizacion general que tuvo D. Miguel Castillo, de D. José María Flores, para celebrar contratos en su nombre, y hasta dónde se extendia.

III. Autorizacion especial del mismo Castillo para celebrar el contrato de venta objeto de este juicio.

IV. Supuesto, de que éste hizo uso de tal autorizacion y lo celebró en efecto.

V. Supuesto, de que obró sin la propia autorizacion, pero Flores ratificó lo hecho por su dependiente.

Ocupémonos, pues, de discutirlas todas en el órden mismo en que han sido planteadas.

PRIMERA CUESTION.

¿Es válido un mandato general ó especial sobre negocio que pase de mil pesos, cuando no consta por escritura pública, y pueden ser válidos los actos ejercidos por el respectivo mandatario?

CONSIDERANDOS SEGUNDO Y TERCERO.

I

La Sala se ocupa en estos dos considerandos de examinar aquella cuestion, exponiendo en ellos los fundamentos legales que deben servir para resolverla negativamente, y á ese propósito asienta desde luego en el primero: que el principio dominante y absoluto sancionado en esta materia por el art. 1400 del antiguo Código Civil, es el de que ninguno puede contratar á nombre de otro, sin estar *autorizado* por él ó por la ley; y tratándose en el caso no de representacion legítima, como la de tutor ú otra semejante, sino de la autorizacion voluntaria que D. José María Flores pudo dar á D. Miguel Castillo para contratar, esta autorizacion ya fuera general ya sólo especial para el contrato de venta de azúcar que se versa, ha debido regirse por los preceptos de los arts. 1439, 2484 y 2486 del mismo Código, relativos á la forma del mandato, cuyos preceptos establecen: que la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa, ménos en aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa, y que el mandato debe otorgarse en escritura pública, cuando sea general, y cuando el interes del negocio para que se confiere exceda de mil pesos; bajo el concepto de que la omision de esos requisitos anula el mandato, aun respecto de las obligaciones contraídas entre el tercero y el mandante.

Como se ve, la asercion anterior consignada por el Tribunal en

su sentencia, no puede ser más autorizada y más exacta, puesto que descansa en textos expresos y terminantes de la ley. Pero en el escrito de casacion se impugna duramente y se dice que con ella han sido violados varios artículos de dicho Código, entre éstos el 1400, que se cita primeramente en el considerando referido; porque la Sala, al raciocinar de la manera que lo ha hecho, restringe el tenor del mismo artículo, pues él no expresa que ninguno puede contratar á nombre de otro si no está autorizado por la ley ó provisto de un poder en forma, sino que establece la teoría de que basta la autorizacion para que aquel á quien se concede pueda celebrar contratos por el interesado de quien la recibe.

Y ya por eso se puede comprender, desde el principio de esta discusion, que si de ese género son todas las razones que se alegan para sostener el recurso interpuesto, muy débil debe ser la esperanza que el recurrente ha tenido ántes y ahora tiene en su resultado, una vez que su único apoyo consiste en argumentos tan comunes y conocidos en las cuestiones jurídicas, que de mucho tiempo atras están previstos y desventajosamente calificados por los dictámenes de la razon y de la ciencia, elevados á la categoría de disposiciones legales. Nadie ignora, en efecto, los fragmentos de Juliano y de Ulpiano, insertos en el Digesto, en los que esos célebres jurisconsultos, explicándose casi con las mismas palabras, dicen: "*Ea est natura cavillationis, quam Græci sophisma appellant, ut ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea quæ evidenter falsa sunt, perducatur.*" La naturaleza de la cavilacion, que los griegos llamaron sofisma, es tal, que por ligeras alteraciones de palabras que se hacen en la disputa, de proposiciones evidentemente verdaderas, se deducen consecuencias falsas. Y Bronchorst, para más explicar esta regla de derecho en su comentario relativo, observa con referencia á Alciato: que incurre en ese mismo defecto de argumentacion el que, tomando las palabras ó términos en diverso sentido del que corresponde, infiere una conclusion falsa de premisas evidentes.[1]

1 Leyes 177, tít. 16; y 65, tít. 17. Lib. 50. Explicacion del comentador á la 2ª, § 1º

Pues bien, tal es el vicio del razonamiento que se emplea en el caso por la parte contraria, para reprochar á la Sala que ha infringido el artículo de que se trata.

Todo el valor de su raciocinio se reduce á una mera sutileza, por medio de la cual se confunden las diferentes significaciones de la palabra *autorizado* que usa el mismo artículo, y se adopta la ménos propia, ó mejor dicho la que es absolutamente impropia para fijar la verdadera inteligencia de aquel precepto legal en este asunto.

Siendo notorio, como lo es, que aquí la ley se ha servido del verbo autorizar en el sentido de conceder facultad ó autorizacion para que una persona obre á nombre de otra ó la represente, porque tratándose de relaciones civiles y de derechos privados, nada tiene que ver la autorizacion que tambien puede concederse para ejercer el imperio ó la potestad pública; lo que quiere el entendido y muy apreciable patrono de la otra parte es que aquella palabra facultad, aplicada aun á la representacion entre particulares para que alguno contrate ó gestione á nombre de otro, se entienda de una manera vaga é indefinida, debiendo, en consecuencia, interpretarse que el precitado artículo del Código sólo exige para ese efecto cualquiera clase de autorizacion, y no lo que en derecho se llama poder ó *mandato*. De suerte que en su concepto, la palabra de que se usa en el mismo artículo, debe tomarse en su acepcion empírica, comun ó vulgar y no en su significacion ó inteligencia jurídica.

Que la acepcion jurídica es la que le da la sentencia, es de todo punto indudable, porque como dice con decisivo acierto la Sala, autorizar un individuo á otro en general ó especialmente para que en su nombre celebre contratos, es lo que legalmente se llama mandato ó procuracion; y así lo declara expresamente el art. 2474 del antiguo Código Civil citado por ella, que en concordancia del 2342 del nuevo, define el *mandato ó procuracion* llamándole un acto por el cual una persona da á otra la *facultad* de hacer en su nombre alguna cosa. Y de conformidad con el tenor de este artículo, que basta por sí solo para legitimar dicha acepcion, ha sido siempre la teoría establecida por los textos de la ley y la doctrina de la jurisprudencia.

Así la 1ª del tít. 5º de la Part. 3ª dice: que "Personero es aquel que recabda, ó faze algunos pleytos, ó cosas agenas, por mandato del dueño de ellas." Así tambien el art. 1984 del Código frances sanciona que "el mandato ó procuracion es un acto por el cual una persona da á otra la facultad (le pouvoir) de hacer por ella y en su nombre alguna cosa," que es literalmente la definicion de nuestro Código. Así un escritor que no por ser tan conocido, merece ser ménos estimado, define el Poder diciendo: "que es la facultad que da una persona á otra para que haga en su nombre lo mismo que ella haria por sí propia en el negocio que le encarga;" agregando que "quien recibe tal poder ó facultad se llama apoderado, personero, poderhabiente, procurador ó mandatario, y el que lo da mandante ó poderdante."[1] Y así, por último, el moderno autor español Elías, en su filosófico y recomendable Tratado de derecho civil enseña: que "Mandato es un contrato consensual intermedio, por virtud del que uno da á otro, que la acepta, facultad para hacer alguna cosa en su nombre."[2]

La misma inteligencia dan los intérpretes en el lenguaje del derecho á la palabra de que se trata, aun cuando no se ocupen de definir ó explicar lo que constituye la representacion ajena, y solo hablen de la necesidad que siempre ha impuesto la ley, de tenerla para gestionar á nombre de persona extraña; y de esto se encuentra un ejemplo en la obra titulada "Manual de las reglas del Derecho," en donde el comentador, refiriéndose á la ley 123, tít. 17, lib. 50 del Digesto, que contiene una prescripcion análoga á la de nuestro citado artículo, "*Nemo alieno nomine lege agere potest,*" traduciéndola y explicándola dice: "Ninguno por ley puede ser gestor de los negocios de otro.—La ley no autoriza á ninguno para que litigue, ni sea gestor ni administrador de los pleitos de otro; porque esto debe hacerse en virtud de poder y mandato."[3]

Esto supuesto, la Sala, al entender jurídicamente el art. 1400 del Código, declarando que este artículo exige mandato cuando re-

1 Escriche. Dicc. de leg. y jurisp.
2 Institutiones. Lecc. 65, § 1, pág. 623.
3 Pág. 362.

quiere autorizacion para representar á otro, ha juzgado con un criterio legal y un discernimiento ilustrado. Y pretender lo contrario, es desconocer ú olvidar las reglas más elementales que deben seguirse para la recta inteligencia y aplicacion de las leyes.

Una de ellas es la 67, tít. 17, lib. 50 del Digesto, por la cual se decide que siempre que una palabra tiene dos sentidos, se ha de entender en aquel que es más conforme á la materia de que se trata: "*Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur quæ rei gerendæ aptior est.*" Y el glosador en sus notas observa que, para buscar esa aptitud ó conformidad de las palabras con el objeto á que hacen referencia, se ha de atender así al derecho como al hecho, esto es, á la naturaleza del contrato ó del acto, y á la materia que se versa; á las disposiciones del derecho comun y á la propiedad de las palabras: "*Juri et rei, puta contractui, subjectæ materiæ, naturæ actus, juri communi, verborum proprietati.*"[1]

Gregorio López, ilustrando tambien esa regla en su glosa 1ª á la ley 5ª, tít. 33, Part. 7ª, dice: Y si la palabra tiene dos significaciones, una propia y otra impropia, debe estarse á la propia y no á la impropia; y si tiene dos significaciones propias, no ha de tomarse sino la que viene más al caso segun la materia de que se trata. "*Et si verbum habeat duas significationes, propriam et impropriam, stamus propriæ, et non impropriæ; et quando habet duas significationes proprias, stamus ei quæ aptior est. Verba accipiuntur secundum subjectam materiam.*"[2]

Las mismas ó semejantes explicaciones hace Bronchorst exponiendo dicha regla, en su acreditado comentario al tít. y lib. citados del Digesto.

Y no se puede ni siquiera poner en tela de juicio, que la acepcion propia de la palabra autorizacion, usada en un Código que contiene los preceptos relativos al derecho civil, es la de mandato; nombre que se da, técnicamente hablando, en el lenguaje de la ciencia, á toda clase de autorizacion que importa personalidad ó facultad para obrar en nombre de otro. Por lo ménos es indiscu-

1 Godofredo. Nota 45.
2 Véase tambien á Gregorio López. Glosa 3ª á la ley 23, tít. 8º, Part. 5ª

tible que aquella acepcion es la más propia en este caso, y que si hay otra ú otras que tambien lo sean, ella es la más preferible y aceptable para determinar cuál fué la intencion del legislador en sus preceptos relativos; porque ella es la que está en absoluta consonancia con la naturaleza del acto ó contrato que estos preceptos reglamentan, con los principios generales del derecho, y en suma, con la materia que se trata y la índole de las cuestiones que se versan.

La verdad de lo expuesto resalta todavía más y obtiene mayor confirmacion, si se consulta á los autores que han aplicado prácticamente la máxima que nos ocupa á los casos ocurrentes, siempre que ha habido en ellos oportunidad de interpretar ó fijar la verdadera inteligencia de la palabra á que nos referimos; porque todos uniformemente invocan los principios del mandato, al decidir sobre cualquiera punto en que interviene facultad ó autorizacion para hacer alguna cosa.

Entre otros, Gómez, para legitimar la doctrina de que siempre que el derecho requiere facultad para ejercer un acto de cualquiera especie, debe preceder esta misma facultad, cita la ley *Si vero* del Digesto inserta en el tít. 1º del lib. 17, que trata del mandato.[1] Salgado invoca tambien los principios que rigen el mandato, para establecer que la facultad que se concede para obrar algo prohibido, es restrictiva y no se extiende; y que no vale lo que se hace en virtud de dos facultades, una legítima y la otra nula, si se procede sólo por razon de esta última.[2] Y Molina asienta igualmente que cualquiera facultad ó autorizacion, ya se confiera por la voluntad del hombre ó por ministerio de la ley, debe ejercerse en la forma determinada en que se otorga, fundándose asimismo en otra ley del Digesto comprendida en el título ya citado, que contiene las disposiciones concernientes al mandato.[3] Innumerables serian los ejemplos que podrian aducirse, contenidos en las obras de los intérpretes, sobre esa manera de discurrir en la inteligencia y apli-

1 In leg. Tauri XLII, núm. 1.
2 Labyrint. credit. Part. 2ª, cap. 9º, núm. 3; et cap. 23, núm. 35.
3 De Hispan. Primogeniis. Lib. 2º, cap. 5º, núm. 16.

cacion del derecho acerca del punto en cuestion que examinamos. Pero si se quiere corroborar más y más la exactitud de los principios que anteriormente se han desarrollado, con doctrinas mejor aceptadas segun el gusto de nuestra época, por el prestigio y la autoridad que les dan la ciencia y la filosofía moderna, nos bastará recordar algunos de los más notables escritores contemporáneos que proclaman y sostienen aquellos mismos principios.

Delisle, en su monografía sobre la materia tan digna del crédito que disfruta, dice: "Las expresiones se toman no sólo en su sentido natural y gramatical, sino tambien en un sentido impropio, para dar al texto una significacion conforme á las reglas generales de interpretacion; y apoya esta teoría en las siguientes observaciones de Dumoulin:" "*In dubio puto materiæ subjectæ et qualitati negotii inserviendum et tribuendum magis quam verborum formulæ: Secumdum illud quod exigit ratio materiæ subjectæ, debent verba modificari, imo etiam impropriari et restringi contra propriam significationem.*"[1]

A su vez Troplong, citado por el mismo, dice con su acostumbrada elocuencia: "En una ciencia las palabras deben tomarse en el sentido que generalmente se les atribuye, y se sufre una grave equivocacion cuando se trata de amoldarlas á una acepcion que, si bien es más conforme á su etimología, se opone al uso comun. El idioma del derecho está sujeto á metamórfosis, como el idioma de la literatura y el de la buena sociedad: cuando una locucion ha recibido un sentido convencional, no es lícito separarse de él; y por muchas razones que se tengan para desecharlo, hablando gramaticalmente, se cometerá un error si no se adopta en el lenguaje del derecho."[2]

Parece que las interesantes reflexiones anteriores fueron escritas de propósito para nuestro caso. Y si ellas abundan para demostrar que, conforme á las máximas reconocidas de la interpretacion gramatical, la Sala ha juzgado con toda rectitud entendiendo que el artículo del Código á que tantas veces hemos aludido, habla de man-

1 Traité de L'Interprétation. Chap. IX, § 147, T. 2, p. 67.
2 Du Luage, sous l'art. 1709, núm. 25, vol. 1, p. 128.

dato al hablar de la facultad que se necesita para obrar de una manera representativa bajo el nombre de autorizacion; no es ménos fácil fundar satisfactoriamente que, con arreglo á las máximas de la interpretacion racional ó filosófica, la autorizacion ó mandato que exige aquel artículo, es el que prescriben los arts 2484 y 2486, que forman parte del mismo Código á que pertenece el anterior, esto es, el otorgado en escritura pública, cuando el poder que se confiere es general ó el interes del negocio excede de mil pesos.

.Una de estas últimas máximas está consignada en la ley 24, tít. 3, lib. 1º del Digesto, y concebida así, en tono de censura, como para denotar la inexcusable irregularidad que se comete con desentenderse de ella: "*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere,*" dice esa ley; y ya Godofredo, sin duda para inculcar la importancia anteriormente reconocida de esa regla, como uno de los principios dictados por la razon y por la ciencia, observa que el orador Esquines en una de sus oraciones reprende á Demóstenes porque discutia truncando las leyes y con referencia á una sola parte de ellas, absteniéndose de citarlas íntegras.[1]

Despues, los autores todos han andado siempre uniformes en reproducirla y recordarla como una norma indefectible y segura, que debe prevalecer en la exacta y acertada aplicacion de las leyes.

Los antiguos juristas como Salgado, Carleval y Gutierrez, con su estilo sentencioso y lacónico, asientan: "*Neque enim novum est, alias leges ex aliis limitari, et declari.*" "*Quando enim pars legis sequens est clara, et præcedens dubia, una per alteram declaranda est.*"[2] Y entre los modernos, Domat dice: que "para reconocer la intencion y el espíritu de las leyes, es necesario examinar tanto su parte expositiva como la preceptiva, y juzgar siempre del sentido de la ley y de su espíritu, por todo su contexto y por el tenor completo de sus partes, sin omitir ninguna."[3]

1 Nota 9ª

2 De Protec., part. 1ª, cap. 1º, núm. 98.—De Judic. dispt. 25, núm. 17.—Pract., quæst. 44, Lib. 5º, núm. 6.

3 Œuvres. Traité des Lois, cap. 12, nº 7, T. 1, p. 117.

Delisle invoca la máxima ántes citada del derecho romano, para establecer que la interpretacion no sólo se admite como un medio de conciliar los textos con lo que exige lo honesto y lo útil, sino que tiene aún por objeto, atribuir á cada uno el sentido que resulta del conjunto de la legislacion, y se debe aplicar á las leyes y en general á toda clase de textos lo que se dice de las convenciones, en el artículo 1161 del Código Civil: que todas las cláusulas se interpretan las unas por las otras, dando á cada una de ellas el sentido que resulta del contrato entero. Y en otro lugar, relaciona no sólo varias sentencias de la Corte de Casacion en Francia, por las que se ha sancionado el principio de que los diversos artículos de un mismo Código se deben explicar los unos por los otros, sino numerosas ejecutorias de otros Tribunales, en que los casos ocurridos se han fallado con arreglo á ese principio.[1]

Mas para qué insistir en este punto, si entre nosotros este ilustrado y respetable Tribunal ha autorizado ya la misma jurisprudencia, declarando en uno de los Considerandos de su sentencia de 1º de Setiembre del año próximo pasado: que de la concordancia de los diversos artículos de un Código, resulta su recta y acertada interpretacion.[2]

Y esto, sin duda, á la luz de profunda reflexion y alto criterio. Porque los preceptos legales son complexos, están íntimamente ligados entre sí; y el Código ó la compilacion que comprende en conjunto los de un mismo género, es un todo homogéneo que debe conservar entre ellos la armonía y la relacion correspondiente. Si por razon del órden y método que exige la variedad de las materias, están colocados en diversos lugares algunos que sin embargo son conexos, esto no destruye ni la unidad de plan y de sistema que guarda la totalidad de las disposiciones contenidas en la obra, ni la correspondencia natural y lógica que hay entre éstas, y que implica la absoluta necesidad de combinarlas ó comparar unas con otras para su recta inteligencia y genuina aplicacion.

1 Obra citada, T. 2º, págs. 76, 80 y 499, § 175.
2 Considerando 8º Anuario de Leg. y jurisp., secc. de casac., año 2º, pág. 182.

Qué extraño es, pues, que la 4ª Sala en su sentencia, haya aplicado el art. 1400 de nuestro Código Civil, en conciliacion y concordancia con los 2484 y 2486, cuando son paralelos entre sí y están ligados en el espíritu y objeto de sus prescripciones; especialmente cuando existe en el mismo Código el 1439, indicado tambien por la sentencia, que aproxima y hace más sensible la analogía de los anteriores, sirviéndoles de intermedio para determinar ó establecer la dependencia que hay entre unos y otros, y hacernos percibir que deben observarse colectivamente, porque están estrechamente enlazados con vínculo necesario é indisoluble.

La Sala lo ha dicho con perfecta exactitud y lógica inflexible: la autorizacion que prescribe el art. 1400 para contratar, no es más que un mandato, y ella debe regirse por los preceptos que establecen los arts. 2484 y 2486, sobre la forma en que el mandato debe conferirse cuando se trata de negocios de importancia; porque conforme al 1439, la validez de los contratos depende de su formalidad externa, cuando así lo dispone la ley expresamente.

Y el acierto de esta interpretacion está plenamente justificado por las doctrinas que ántes quedan asentadas, bajo su punto de vista más atendible y esencial, que es el de la necesidad de regular los preceptos de una misma ley, amoldando unos por el tenor de lo que disponen otros que están fundados en reconocidos principios de justicia y conveniencia, adaptables segun el espíritu del legislador para la recta aplicacion de aquellos. Pues en el caso no pueden ser más obvias ni haberse explayado mejor las razones de utilidad y de justicia que dieron motivo á la forma ó solemnidad exigida por los citados arts. 2484 y 2486 para el mandato, que como los explica la Sala en su sentencia. Razones, por cierto, tanto más autorizadas, cuanto que tienen en su apoyo el dictámen de autores respetables, que ántes las han expuesto como títulos para legitimar disposiciones legales semejantes á las que contienen esos mismos artículos.

Tal es, entre otros, el Sr. García Goyena, que comentando el Proyecto de Código civil español, en sus artículos concordantes con el

nuestro, dice: "La necesidad de exigir forma determinada para ciertos contratos es indudable, y ha sido reconocida por los Códigos modernos, ya imponiendo la pena de nulidad al contrato otorgado en forma diferente, ya prohibiendo que puedan ser probados por medios diversos de los prescritos en la ley, como lo hace el Código Napoléon en su art. 1341." "Las solemnidades de los contratos y la designacion de los casos en que éstas sean necesarias, corresponden al derecho público, y este *privatorum pactis mutari non potest:* en cierto modo corresponden tambien al órden de los juicios: la paz pública gana mucho con prevenir pleitos y asegurar ciertos intereses por su mayor importancia." "El reposo de las familias y la estabilidad de las fortunas, reclaman que ciertos contratos, á causa de su importancia, sólo puedan ser consignados en escritura pública."[1]

Pero sobre todo, lo que más realza la legitimidad de la expresada interpretacion, y patentiza la errónea inteligencia que de contrario se quiere dar al artículo 1400 de nuestro Código Civil en disputa, son las consecuencias enteramente inaceptables que se seguirian de la adopcion de este seguudo criterio, para fijar el supuesto sentido en que se debe entender dicho artículo. Lo que éste resuelve es que, para contratar á título de representacion, se necesita estar autorizado por la persona á quien interesa, ó por la ley; lo cual en concepto del digno patrono del Sr. Noriega, importa tanto como decir que, para representar á otro en los actos convencionales, basta la autorizacion sin forma alguna especial, aunque otros artículos del Código exigen esa forma determinada en el mandato para negocios de cierta importancia. Y si ese sistema, ó esa teoría, como se la llame, es exacta, se debe necesariamente reconocer que lo que dicho artículo dispone respecto de la autorizacion concedida por un particular, debe entenderse tambien respecto de la autorizacion legítima ó procedente de la ley.

Y esto no sólo porque el inciso *"autorizado por él ó por la ley"* forma parte de la propia frase, estando, por lo mismo, en relacion

1 Concordancias, arts. 1001, 1200, 1202 y 1220, T. 2º, págs. 36, 206, 208 y 230.

con toda ella; y porque el verbo autorizar rige igualmente á las dos locuciones que le siguen "*por él ó por la ley,*" quedando ambas por tanto bajo el imperio de la misma condicion ó constituidas en igual predicamento, segun lo exigen los principios de la ideología y de la estructura del lenguaje conciliados con los de la crítica legal; sino porque así es conforme á las reglas que necesitamos seguir invocando de la interpretacion ó hermenéutica jurídica, que imponen la necesidad de aplicar la ley en todos los casos en que hay identidad de razon para su observancia: *Ubi eadem est ratio, eadem debet esse juris dispositio,*" como lo declara una ley romana y ántes lo habia ya recomendado Ciceron, escribiendo: "*Quod in re pari valet, valeat in hac, quæ par est. Valeat æquitas, quæ paribus in causis paria jura dessiderat.*"[1]

En efecto, la representacion legítima ó que se obtiene por ministerio de la ley, es de igual naturaleza en su esencia que la personalidad privada ó que proviene de la voluntad individual. Razon igual hay respecto de la una y de la otra para que intervenga á efecto de contratar por otro, y motivos de igual gravedad son los que obran para que conste y se acredite de alguna manera. Luego, si en la teoría ó en el sistema que por parte del recurrente se nos propone, el repetido artículo 1400 del Código debe entenderse en el sentido de que basta la simple autorizacion de cualquiera manera otorgada, para ejercer la personalidad privada, aunque otros artículos prevengan que el mandato debe constar en escritura pública, cuando el interes del negocio tenga alguna importancia; es consiguiente tambien que aquella misma simple autorizacion baste para ejercer la personalidad legítima, aunque otros artículos de dicho Código dispongan la forma en que debe conferirse esta otra especie de mandato legal, y exijan ciertos requisitos para su ejercicio. Y es consiguiente, por tanto, que los tutores puedan entrar al desempeño de su cargo sin el discernimiento previo; que ellos mismos y los albaceas puedan contratar sobre bienes raíces sin necesidad de licencia judicial; y que el marido, por la administracion

1 L. 12, ff. de Legib.—Ciceron. Topica, 4.

que la ley le confiere como representante de su mujer y de la sociedad conyugal, pueda disponer de esa misma clase de bienes sin consentimiento de aquella. Porque á juicio del estimable Sr. Lic. Icaza, no se debe restringir el precepto del artículo 1400 del Código Civil, por el tenor de otros relativos contenidos en él; y ese artículo no dice que ninguno puede contratar á nombre de otro, *si no está autorizado por la ley en debida forma* y lo ejecuta con determinados requisitos, ó *no se halla provisto de un poder en forma*, sino que establece la teoría de que *basta la autorizacion* para que aquel á quien se concede pueda celebrar el contrato.

Y como estas consecuencias son tan desastrosas y perturbadoras, como incompatibles con el buen sentido y la verdad reconocida de muchas de las sanciones más graves y trascendentales del derecho, preciso es retroceder ante la extraña y falsa interpretacion que las produce, desechándola como del todo inadmisible: "*Quia absurdum in juribus ab omni dispositione est rejiciendum; et est semper evitandum.*"[1]

No, Señores; con razones como esas no se puede atacar eficazmente una sentencia notable por su mérito científico y por el estudio que revela; ni es posible de buena fe acusar á sus autores de haber infringido el artículo en cuestion, que han aplicado de una manera tan estrictamente conforme á su letra y á su interpretacion jurídica, como lo requiere el art. 711 del Código de Procedimientos vigente, ó sea á la natural y genuina que le corresponde, tomada de sus antecedentes y consiguientes y de las leyes concordantes, como se expresaba el 1524 del antiguo.

Véamos ahora si es cierto que infringieron otro de los que se suponen tambien violados en el Considerando á que nos referimos.

Este es el 10º del mismo Código Civil del año de 70, inserto bajo el propio número en el actual, que dice: "Las leyes que establecen excepciones á las reglas generales, no son aplicables á caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes." Y se pretende que este precepto ha sido quebrantado en la

1 Riecio. Collect. 2556.

sentencia, porque al restringir el 1400 de la manera que anteriormente queda expuesto, se establece en ella una excepcion que la ley no determina.

Los pocos escritores nuestros que se han ocupado de estudios exegéticos sobre dicho Código, reputan ese artículo como de más oportuna aplicacion en materia de derogacion de las leyes. Uno de ellos lo considera como concordante del aforismo 14 de Bacon: "*In statutis quæ jus commune plane abrogant non placet procedi per similitudinem ad casus omisiis.*" Y el otro, bajo el mismo concepto, dice: "Nuestros arts. 8 y 10 ponen fin fuera de toda duda á la abrogacion tácita, estableciendo que las excepciones traídas por una nueva ley á otra, no deben ser tomadas en cuenta sino cuando son expresas y claras, y que sólo una ley posterior puede destruir otra anterior."[1]

Tambien se le puede considerar poco conducente en nuestro caso, en el que la Sala no ha hecho realmente una interpretacion restrictiva del art. 1400 referido; porque nunca ha estimado que el texto de ese artículo no sea aplicable á toda clase de contratos, ó que alguno ó algunos no estén comprendidos en sus disposiciones, que es en lo que consistiria aquella especie de interpretacion; sino que ha hecho de ese artículo una interpretacion declarativa, estimando que debe aplicarse con la amplitud y generalidad más absoluta, pero entendiéndolo en el sentido que ofrece la recta significacion de sus palabras y su enlace ó conexion con otros textos, que es lo que constituye esta segunda especie de interpretacion.

Lo que la Sala ha resuelto, es: que la autorizacion exigida por dicho artículo para contratar, importa un mandato; y consiguientemente debe regirse por los preceptos del Código relativos al mandato, sobre la forma en que debe constar éste segun el interes que en él se verse.

Y esto, ni es limitar el alcance é extension del mismo artículo,

1 Mendez. Cód. Civ. del Dist., anot. y concord.; publicacion del periód. "El Derecho." —Verdugo. Princip. de Der. civ., tom. 1º, pág. 62.

ni es establecer una excepcion ó excluir de sus disposiciones un caso no determinado ó prescrito expresamente.

Aun permitiendo que la interpretacion que ha hecho la Sala del repetido artículo, fuera restrictiva, resultaria entónces que la que hizo de los arts. 2484 y 2486 fué, por el contrario, extensiva; lo cual no es incompatible con la prohibicion del art. 10º, sino ántes bien muy racional y muy cuerdo, como medio recomendado por los consejos de la ciencia, para conciliar las leyes entre sí y expeditar su simultánea aplicacion, á fin de que no aparezcan opuestas y contradictorias unas con otras. Y de ello nos presenta un ejemplo Delisle en su obra arriba citada, tomado de la Constitucion del Emperador Marco, relacionada en una ley del Digesto, que trata de los plazos concedidos á los tutores para proponer sus excusas; cuyo ejemplo propone para hacer notar que, á efecto de remover los inconvenientes á que daban lugar los términos implicatorios de esa Constitucion, fué interpretada de una manera extensiva en la primera de sus partes, y de una manera restrictiva en la segunda.[1]

Pero en el supuesto de que se deba reputar aplicable el expresado artículo 10º, y sea conducente en el caso, no lo será sino como una reproduccion del antiguo precepto del derecho extractado tambien de una ley romana: "*Ubi exceptio non reperitur posita, non est á regula recedendum:*" la ley debe regir en todos los casos que no están expresamente exceptuados de su disposicion.[2] Y en esta hipótesis los razonamientos de la parte contraria son enteramente infundados, como todos los que alega para legitimar su recurso.

Porque, si se quiere que aceptemos como una regla general sancionada en nuestro Código, que en los contratos basta la autorizacion para que una persona obligue á otra, es indudablemente una excepcion, y una excepcion de esa regla expresa por la ley, la de que el mandato ó autorizacion para contratar conste en escritura pública, cuando sea general ó el negocio para que se confiere exceda de mil pesos.

1 Traité de L'Interprétation. Tom. 2º, págs. 384 y 385, § 168.
2 L. 3, § fin., ff. de Prævar.

Es una excepcion, porque así lo declara el art. 1439 que, despues de establecer que "la validez de los contratos no depende de *formalidad alguna externa,*" que es el mismo principio que se reputa reconocido por el art. 1400 en particular respecto del mandato, al decirse que éste tiene por suficiente la simple autorizacion, decide que "*deben exceptuarse* de esa regla aquellos casos en que la ley *dispone expresamente otra cosa.*" Y así lo declara de una manera más precisa la exposicion de motivos de dicho Código que, como todas las de su género, debe considerarse como una de las claves más seguras para la recta inteligencia de las leyes, cuando explicando el mismo art. 1439, advierte: "que él es una consecuencia del que previene que los contratos se perfeccionen por sólo el consentimiento; pero al mismo tiempo consigna una excepcion que se encuentra en todos los Códigos, para mejor asegurar los derechos de los interesados en cierta clase de contratos."

Y es además una excepcion expresa, porque está especificada terminante y claramente en los arts. 2484 y 2486 que la establecen, exigiendo bajo pena de nulidad aquella forma de poder, mandato ó autorizacion escriturada para determinada especie de contratos. Así es, que el caso de esa excepcion está explícitamente prescrito por la ley, despues de que ella misma lo presupone como no comprendido en la regla general. La excepcion se refiere á esta regla, y es una especie del mismo género de las que en ella se contienen. Y hay, por tanto, lugar á decir con los antiguos juristas, siempre fecundos é ingeniosos para encontrar fórmulas ó adagios que sirvieran de guía en los estudios prácticos ó de aplicacion del derecho: "*Ubi est casus legis, non est amplius de eo dubitandum: Quando enim lex unum præsupponit et alterum disponit, si verefícetur præsuppositum, dispositio locum habet: Regula vim suam et potestatem amittit, simul atque exceptio á regula proponitur. Nam in toto jure géneri per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est, et cum exceptio sub regula continetur. Ed tunc exceptio firmat regulam in contrarium.*"[1]

1 Gutierrez. Pract., lib. 3º, quæst. 17, núm. 227; 4º, quæst. 14, núm. 105; 5º, quæst. 54, núm. 1.—Bronchorst. Explicacion á las leyes 1ª y 80, tít. 17, Lib. 50 del Dig.

De suerte que, si el enunciado art. 10º tiene aquí alguna congruencia ú oportunidad, léjos de que la Sala haya contravenido á él, estrictamente lo ha observado y cumplido.

Otro de los que se reputan violados es el 1392 del mismo Código Civil derogado, exponiéndose que lo ha sido con la restriccion que hace la sentencia al 1400; porque la Sala sujeta de ese modo el contrato en disputa, ó sea su validez, á una solemnidad externa, como lo es el otorgamiento de poder en forma, cuando segun aquel artículo los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entónces obligan á su cumplimiento. Y aunque de lo que ántes acaba de exponerse resulta que esta nueva imputacion, que injustamente se hace á la Sala, no es en manera alguna exacta y legítima, segun lo que sobre ese artículo ya queda indicado, voy á permitirme decir algo más respecto de este punto á mayor abundamiento y para que no se entienda que doy la menor importancia á las observaciones que se hacen acerca de él.

El precepto que dicho artículo contiene no es nuevo por cierto. El derecho romano, aunque con relacion sólo á algunos contratos, profesó la misma teoría que contiene su texto. En las Instituciones de Gayo se lee: "*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia obnimodo opus est; sed sufficit, eos qui negotia gerunt, consentire.*"[1] Y la misma doctrina se registra en las Instituciones de Justiniano.

Consecuente con ella, dos leyes del Código de este Emperador confirman autoritativamente el principio anterior, decidiendo que los pactos contraídos de buena fe, ó sea los que en aquel derecho se llamaban consensuales, son eficaces y se deben cumplir aunque no intervenga escritura siempre que se justifique su existencia por alguna otra prueba. Pero ya el distinguido anotador de ese cuerpo de leyes y de las del Digesto que en otro lugar hemos citado, comentando las que acabamos de indicar, advierte que dicho princi-

1 Gaius. Inst., 3, 135.—Justin., Inst., 3, 22.

pio no es tan absoluto ni sin restriccion; porque aunque en general tales contratos se perfeccionaban sólo por el consentimiento, sin necesidad de forma alguna especial, esto se entendia cuando la ley no disponia otra cosa expresamente: "*Actus sine scriptura perfici potest, nisi lex vel jus commune nominatim scripturam exigat.*" [1]

Despues, en el derecho español, la famosa ley 1ª, tít. 1º, lib. 10º de la Nov. Rec. amplió el sistema de la legislacion romana haciéndolo extensivo á toda clase de contratos, con aquellas sus conocidas palabras: "Mandamos, que todavia vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar." Y con motivo de este vigor y eficacia que dió á la simple y exclusiva manifestacion de la voluntad de las partes en los actos convencionales, se suscitó entre los intérpretes la duda ó dificultad de si ella excluia la necesidad del otorgamiento de la escritura y otras formalidades ó requisitos que diversas leyes exigen en ciertos casos para la perfeccion del contrato.

Mas los principales expositores de esa ley, entre otros Diego Pérez y Azevedo, resuelven la duda en cuestion en el mismo sentido que se resolvia con respecto al derecho romano: "*In ea* (dice el segundo, de conformidad con lo que asienta el primero), *indubitanter teneo quod...... nihil ex lege nostra innovatur ad jus antiquum, et sic omnino requiri scripturam ad partium obligationem, in contractibus in quibus de jure pro forma et substantia eorum requiritur scriptura et hodie etiam requireretur.*" [1]

El Código Napoleon, aunque no de una manera tan explícita y clara como la ley anterior, contiene el mismo principio en los artículos 1134 y 1135, á juicio de sus comentadores, que lo presentan como una reforma filosófica introducida en la legislacion, bajo cuyo concepto dice Toullier, refiriéndose á esos artículos: que aquel Código no reconoce las divisiones de los contratos que hacía el derecho romano, sino que bajo su imperio todas las convenciones, sea que tengan un nombre particular, sea que no lo tengan, dependen del consentimiento mutuo y deben ser cumplidas de buena fe. Mas

1 Godofredo, en la ley 17, C. de fide. Inst., 4, 21.
2 Comment. ad leg. 2, tít. XVI, lib. 5º—Recop., tom. 3º, pág. 425, núm. 29.

eso lo afirma de los contratos legalmente formados.[1] Y otro comentador, exponiendo la doctrina del mismo Código sobre la materia, enseña: que los contratos ú obligaciones convencionales pueden ser solemnes ó no solemnes: que los primeros no son válidos sino en tanto que se han otorgado con las formalidades requeridas por la ley, y que en ellos es de rigor el consentimiento expreso, lo mismo que cuando las partes hacen depender la eficacia de sus obligaciones de la redaccion de un documento protocolizado.[2]

En el Proyecto de Código Civil español se propuso, bajo el núm. 978, la adopcion del repetido principio, en un artículo que es notoriamente el orígen del nuestro, porque ambos ofrecen la misma forma de redaccion. Pero al mismo tiempo se consultaron para que figuraran en él como preceptos legales, otros dos bajo los números 1001 y 1202, que reconocen la necesidad de la limitacion ántes indicada que debe tener el anterior, segun las doctrinas de la jurisprudencia; porque el primero declara que: cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán éstas válidas, si se otorgaren en una forma diferente; y el segundo establece que: la falta de escritura pública no puede suplirse con ninguna otra prueba en los casos en que la ley requiere expresamente esta solemnidad, aunque las personas contratantes se hayan obligado á otorgar dicha escritura y se hayan impuesto cualquiera pena, la cual no podrá exigirse.

Y el ya mencionado Sr. García Goyena, uno de los autores de dicho Proyecto, dice sobre el art. 975, que descansa igualmente sobre la base del 978: "Nuestra célebre ley del Ordenamiento, hoy recopilada, tenia consagrada desde muy allá la doctrina y disposicion de este artículo. Sin embargo, debe tenerse presente la seccion 6ª del cap. 2º, y el párrafo 3º del art. 1187." (Son los lugares donde se trata de la forma ó solemnidad de los contratos.) "El solo consentimiento de las partes no basta en algunos casos para producir obligacion, y los de la mencionada seccion muy bien pueden llamarse contratos escritos." En otra parte agrega: "La ley

1 Droit civil, lib. 3º, chap. 1º, núm. 17.
2 Boileux. Commentaire sur le Cod. Nap., tom. 4º, pages 342, 348 y 350.

podia quedar burlada en sus sabios fines, si se reconociera el menor efecto á las obligaciones contraídas en otra forma ó manera que la que la misma ley prescribe.”

Por último, nuestro Código de 70, copiando textualmente, como se acaba de decir, en su art. 1392 el 978 del mismo Proyecto, restringe el precepto autorizado en él en los propios términos que allí se limitó, decidiendo en el art. 1439 arriba referido: que á veces la perfeccion de los contratos depende no sólo del consentimiento, sino de la formalidad externa; y esto sucede cuando la ley así lo dispone expresamente. Y puesto que los redactores de dicho Código, en su exposicion de motivos, advierten que la comision siguió respecto del particular á que se refiere aquel artículo, el espíritu de la ley 1ª, tít. 1º, lib. 10º de la Nov. Rec., como ya se ha visto que lo habia notado Goyena en sus ilustraciones al Proyecto español, no será fuera del caso, sino ántes bien muy conveniente para estimar cuál es la verdadera inteligencia y legítima aplicacion de ese precepto, traer á la vista algunas de las decisiones pronunciadas por el Tribunal de Casacion en España, en donde está vigente todavía la expresada ley, fijando el sentido en que se debe observar prácticamente, á fin de saber cómo interpreta en nuestros tiempos la jurisprudencia el principio que ella entraña idéntico al que rige entre nosotros.

Las principales de esas decisiones son: “Que si bien la repetida ley tiene aplicacion á las obligaciones en general, no la tiene concreta á los pactos y contratos, cuyas condiciones se rigen por otras leyes especiales:” “que ella y el principio legal de que debe respetarse la voluntad de los contrayentes, únicamente son aplicables á los contratos válidos:” “que no debe entenderse en un sentido tan general y absoluto, que por efecto de la misma hayan de considerarse válidas y subsistentes obligaciones para cuya estabilidad otras leyes exigen circunstancias y requisitos esenciales:” “que sólo se refiere á las obligaciones existentes y legalmente probadas:” “que el principio que consigna se halla sujeto siempre á la prueba legal de la existencia del contrato ú obligacion; y que el precepto por el cual prescribe que se cumplan las obligaciones, así como el de la

ley 24, tít. 12, Part. 5ª, que determina las que se siguen del mandato, requieren la necesidad de que conste de un modo legal la existencia de la misma obligacion, cuyo cumplimiento se reclama." [1]

Autorizadas y respetables como lo son las anteriores decisiones, por la categoría y representacion del Cuerpo de que proceden, que es un alto Tribunal aunque extranjero, y sobre todo porque representan á lo ménos el dictámen de jurisconsultos notables y justamente acreditados, no pueden ménos de arrojar viva luz sobre la cuestion que se examina, é influir poderosamente para afirmar nuestra opinion en el sentido en que hasta aquí la hemos venido resolviendo; pues esos fallos, extraños á nuestro régimen judicial y á nuestro foro, pero que han sido inspirados por la razon y por la ciencia, si no pueden regir entre nosotros como precedentes de la interpretacion usual ó verdaderas ejecutorias de jurisprudencia, deben valer y son dignos de que los consideremos para normar nuestros juicios y fijar nuestras ideas en las materias jurídicas, como enseñanzas doctrinales y estudios de interpretacion científica que esclarecen ó ilustran la verdad legal.

Sobre todo hay todavía otros datos más directos, tomados de nuestro derecho propio, que corroboran todo lo que ántes se acaba de exponer; y estos son los que suministra el último Código Civil vigente que, dejando vivo el principio consignado en el expresado art. 1392 del antiguo, ha sustituido este artículo con el que lleva hoy el núm. 1276, que en lugar de decir, como el primero: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entónces obligan, etc.," dice simplemente: "Los contratos legalmente celebrados obligan á su cumplimiento." Es notorio que el espíritu y mente de este artículo segundo no fué derogar aquel principio, que se considera ó califica, segun queda ya indicado, como un progreso de la ciencia ó una conquista de la razon hecha en las actuales legislaciones de los pueblos, y que además está reconocido terminantemente por el mismo Código nuevo en sus arts. 1288 y

1 Pantoja. Repertorio de la Jurisp., págs. 235, 243, 244, 245, 710, 718, 719, 721, 722, y Apénd. 3º, pág. 168.

2818; sino que la reforma de lenguaje introducida en él, fué únicamente aclaratoria y tuvo por objeto fijar el verdadero sentido y aplicacion de tal principio, en los casos en que la ley establece reglas especiales sobre la forma en que deben celebrarse algunos contratos, removiendo así todo motivo de dudas ó cuestiones como la que ha querido suscitarse en este caso.

Y así nos lo revela precisamente el útil é interesante documento escrito por el Secretario de la Comision redactora de ese Código reformado, bajo el título de "Notas comparativas del nuevo Código Civil," que corre inserto en la obra titulada: "Datos para el estudio del mismo Código," en el cual se nos dice, refiriéndose al citado art. 1392: "De este artículo se suprimió la declaracion de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y sólo se declaró obligatorios los contratos legalmente celebrados." Se alude en seguida á la ley recopilada de que ántes hemos hablado, é inmediatamente se agrega: "Desde esta ley ha prevalecido la teoría de bastar el simple consentimiento para dar por perfeccionados los contratos. Sin embargo, las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un grande interes público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma; y que en consecuencia no son válidas si se otorgan en forma diferente. Desde el momento que se sanciona este precepto, es inexacto el principio de que todo cantrato es consensual y que por lo mismo se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de las formalidades externas. Si al mismo tiempo se sancionan ambos principios, como se hizo en el Código de 1870 y en el proyecto de Código español, inmediatamente aparece la confusion y la duda." Y en otra parte se añade: "Creemos que las disposiciones del nuevo Código en esta materia alejan todo peligro é impiden toda discusion: conforme á ellas, sólo son obligatorios los contratos legalmente celebrados, y no son válidas sino las obligaciones contraídas en la forma exigida por la ley." [1]

1 Págs. 78 y 79.

Es decir que en resúmen, ántes como hoy, bajo el imperio de uno y otro Código, si bien en general basta el consentimiento de las partes para la perfeccion de los contratos, esto se entiende ménos en aquellos casos en que la ley exija alguna otra formalidad, como lo disponian los arts. 1405, 1439, 1535 del antiguo, y actualmente lo disponen los 1288, 1323 y 1419 del nuevo. De suerte que la reforma introducida en la frase del otro artículo arriba enunciado por el Código reciente, no es en realidad más que una interpretacion que declara el precepto respecto de su tenor en lo pasado, para que se aplique como corresponde en los casos en que pueda tener lugar todavía de presente, y una rectificacion que evita toda duda ó dificultad en lo futuro.

Porque en efecto, no hay intérprete mejor de las leyes, que las leyes mismas, conforme á la enseñanza de los juristas, cuando dicen: que siempre que las leyes nuevas se refieren á las antiguas, ó estas últimas á las primeras, se interpretan las unas por las otras segun su intencion ó espíritu comun, en todo aquello en que las modernas no han querido derogar. Doctrina que por lo demás está fundada en principios del derecho romano, que se hallan consignados en dos fragmentos del Digesto: "*Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores leges ad priores pertinent: nisi contrariæ: idque multis argumentis probatur.*"[1]

Como quiera que sea, la verdad es que el cargo hecho por el hábil patrono de la otra parte á la Sala, imputándole que ha infringido el repetido art. 1392, es de todos modos una suposicion quimérica y vana; porque ya se ha visto que para entender ese precepto tal como él lo ha entendido, seria necesario separarse del sentimiento unánime profesado por legisladores y jurisconsultos sobre su verdadero sentido, abandonando todas las tradiciones jurídicas que han mediado en el curso de su desarrollo histórico y elaboracion científica, para atenerse á la opinion de aquel, del todo inadmisible como exclusiva, arbitraria y anómala.

En fin, los demás artículos que se presentan como violados en

1 Domat. Œuvres. Lois civiles, tit. 1º, secc. 1ª, nº 18, tom. 1º, page 181.

el Considerando que nos ocupa, son el 2474, 2484 y 2486 ya referidos, que tambien menciona la Sala en apoyo de su sentencia; y de ellos se dice que han sido infringidos, por haberse aplicado á casos muy diversos de aquellos á que se refieren, sin indicarse siquiera cuáles puedan ser estos casos. Circunstancia que por sí sola bastaria desde luego para desatender este capítulo alegado como causa de nulidad de aquel fallo; porque no hay doctrina más reiterada y más constantemente reproducida en la jurisprudencia de casacion, que la de que, para que este recurso proceda, no basta citar en conjunto las leyes que se dicen infringidas y el hecho ó hechos en que se haga consistir la infraccion, sino que es preciso especificar y razonar con qué hecho, es decir, en qué concepto se ha infringido cada una de las leyes que se citan.[1]

Por otra parte, ya con todo lo que en el curso de este informe se ha expuesto, queda amplia y más que suficientemente demostrada la propia y exacta aplicacion que tienen en este negocio aquellos artículos. Y por lo demás, yo en mi escasa penetracion, tampoco comprendo cuáles son esos pretendidos casos, tan diversos del presente en que ellos son aplicables.

Lo que sí comprendo claramente es, que un art. como el 2474, que define el mandato llamándolo facultad ó autorizacion, no puède ménos de ser rigurosamente aplicable al caso del precepto que establece la necesidad de tal autorizacion para contratar. Lo que tambien comprendo claramente es, que los arts. 2484 y 2486, que determinan la forma en que se ha de conferir el mandato para la celebracion de ciertos contratos, están íntima é inevitablemente relacionados con ese mismo precepto, para el efecto de calificar la validez de la autorizacion ó mandato que él exige como requisito sin el cual una persona no puede contratar á nombre de otra. En suma, lo que comprendo perfectamente, como cualquiera puede comprender á la luz de la razon y del buen sentido, es: que todos esos artículos son *conexos y correlativos* entre sí, y que de consiguiente, deben tener la misma aplicacion y estar siempre unidos

1 Annario de legisl., secc. de casac., año 1º, págs. 223, 226, 233 y 244.

para su recta observancia y conveniente inteligencia: "*Conexorum eodem est judicium: Correlativa eodem jure censentur: Nam sunt correlativa et ejusdem naturæ, et validum est argumentum a natura correlativorum.*" [1]

Comprendo todavía más, y es: que si esas disposiciones legales que prescriben las formalidades para el otorgamiento del mandato, no tienen su más oportuna aplicacion cuando se trata de calificar la subsistencia ó legitimidad de un convenio celebrado por medio de representacion, ya no hay caso posible en que deban ser aplicadas y están de sobra en el Código por completamente ociosas é inútiles. Idea que seria preciso é inevitable aceptar, contra lo que pregona una de las máximas más conocidas del derecho: "*Verba cum effectu sunt accipienda:*" las palabras de la ley han de tener realmente algun efecto y no han de ser un vano sonido. Sobre lo cual enseñan los autores: que es un principio, el que se debe entender comprendido en los textos legales todo lo que se necesita para que sea cumplido su objeto, y este principio tiene su más notable aplicacion en materia de leyes prohibitivas. Porque éstas deben siempre comprenderse en el sentido de que su espíritu es derogar hasta las reglas del derecho comun, cuando así es necesario suponerlo para que se consiga el cumplimiento de su objeto. Enseñan tambien que ese principio no permite interpretar una ley prohibitiva de modo que venga á quedar ilusoria. Y enseñan, por último, que la facultad de interpretar no debe extenderse hasta el punto de hacer ilusorias las leyes escritas, dejándolas sin aplicacion ó restringiendo de tal manera sus efectos, que no tengan lugar sino en casos sumamente raros que no han podido ser motivo para que el legislador diera exclusivamente sobre ellos una ley. [2]

En conclusion comprendo y todos deben comprender: que si es lícito y aun necesario prescindir de las solemnidades que exigen aquellas disposiciones para legitimar el mandato, sólo porque otro precepto del Código hace uso de la palabra autorizacion al establecer que el mandato es un requisito indispensable para contratar á

1 Riccio. Part. 2ª, collect. 364.—Gonzales, in Reg. cancell., gloss. 13, núms. 76 y 77.
2 Delisle. Traité de L'Interprét., tom. 2º, page 64, § 180.

nombre de otra persona, nada más fácil entónces que eludir y burlar la observancia de talês disposiciones; puesto que bastaria en ese supuesto decir, siempre que se quisiera, que el caso de que se trataba no era de mandato sino de simple autorizacion, para dejar sin efecto los artículos de que vénimos hablando. Y este es un arbitrio que expresamente prohiben y reprueban las leyes: "*In legem committunt et hi qui vigorem ejus scrupulosis, et excogitatis artibus eludere festinant: Non dubium est, in legem commitere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam sævá prærogativa verborum fraudulenter excusat.*"[1]

II

Demostrada como lo está, con todos los razonamientos anteriores, la verdad incuestionable de las bases asentadas por la Sala en el Considerando 2º de su sentencia, que hasta aquí se ha examinado, no es sino muy natural que la misma Sala haya inferido en el 3º las consecuencias lógicas que de ellas se deducen, es á saber: que la ley no reconóce mandato general ni especial sobre negocio cuyo valor exceda de mil pesos, si ambos no constan en escritura pública; y que por lo mismo todas las pruebas rendidas de contrario, á efecto de justificar en el caso que D. Miguel Castillo estaba autorizado por D. José María Flores para contratar en general ó celebrar especialmente el contrato que se versa en este juicio, cuyo valor excede con mucho de esa suma, son absolutamente inútiles é inatendibles; porque aceptarlas seria tanto como violar los artículos citados, declarando válida una autorizacion verbal cuando la ley exige, bajo pena de nulidad, una autorizacion escriturada.

Pero la Sala no dice más que esto en su expresado tercer Considerando. No se ocupa en él de calificar esas pruebas, ni en cuanto

1 Leyes 5ª, tít. 14, Lib. 1º del Cód.; y 29, tít. 3, Lib. 1º del Digesto.

á su procedencia, ni en cuanto al valor ó eficacia que pudieran tener legalmente como tales, como lo supone la otra parte. Asienta sólo allí que no se cree obligada á analizarlas; y que únicamente por deferencia, para satisfacer aun el más leve escrúpulo que pudiera suscitarse, va á considerar cuáles son su fuerza y su importancia. Mas esto lo hace en los Considerandos siguientes, examinando si dichas pruebas son ó no suficientes para acreditar, tanto la autorizacion general como la especial que se supone fué otorgada en este negocio, á efecto de celebrar el referido contrato.

Así es que trata unidas y á la vez, en cinco de esos Considerandos, la 2ª y 3ª de las cuestiones que se propuso discutir en su sentencia como materia ú objeto de la parte expositiva de ese fallo. Y nosotros, para proceder con método y dar á las ideas la necesaria claridad, seguirémos el mismo órden, ocupándonos en seguida de esas dos cuestiones simultáneamente, é investigando si en los puntos que comprenden y en el derecho que la Sala ha aplicado al ventilarlas, es ó no cierto que se han cometido las infracciones de ley que supone la otra parte.

SEGUNDA Y TERCERA CUESTION.

¿Don Miguel Castillo tenia autorizacion general de Don José M. Flores para celebrar en nombre de éste, contratos, y hasta dónde se extendia esa autorizacion general?

¿El mismo Castillo tuvo autorizacion especial de Flores para celebrar el contrato de venta de azúcar, objeto de este juicio?

CONSIDERANDOS CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉTIMO Y OCTAVO.

I

La Sala, en el primero de esos Considerandos, comienza por observar que las pruebas aducidas por el actor para justificar que Flores habia facultado á Castillo para celebrar contratos, especialmente el que se supone, son las declaraciones de cinco testigos y la confesion ficta del mismo Flores: que en cuanto á la primera de esas pruebas, los testigos afirman que en Febrero de 1882 Castillo era dependiente de Flores y celebraba contratos sobre venta de los frutos de Oacalco; pero que del tenor de sus propias declaraciones resulta que ninguno de ellos se puede tener como presencial, ni depone de ciencia cierta, ni da fundada razon de su dicho, requisitos todos exigidos por los arts. 732 y 740 del antiguo Código de Procedimientos, para que sea digna de fe la prueba testimonial; y esto por lo que toca á la autorizacion general de Flores á favor de Castillo, pues respecto de la especial para el contrato de que se trata, algunos de los testigos ignoran el hecho y los que lo declaran revelan tambien, por el contexto de sus testimonios, que no han visto ni presenciado acto ninguno que implique esa autorizacion, lo cual hace que sus deposiciones tengan en este punto los mismos vicios que tienen respecto del punto anterior.

Con referencia, pues, á lo que se expone en ese Considerando, dice el digno patrono del Sr. Noriega que el fallo infringe primeramente el art. 724 del Código antiguo de Procedimientos y el 554 del nuevo, porque no obstante que aparece de los autos que los testigos dieron buena razon de su dicho, la Sala no lo estima así.

Esos artículos, idénticos enteramente en sus términos, declaran que las actuaciones judiciales hacen prueba plena. Y su simple lectura basta de pronto para dar á conocer la inconducencia ó falta completa de oportunidad en que se ha ocurrido al presentarlos como violados en la ejecutoria impugnada; consideracion que por sí sola abunda para desatender desde luego ese cargo ó improcedente reproche que se hace á la Sala; porque son doctrinas uniformemente establecidas en la jurisprudencia de casacion: "que no pueden considerarse infringidas por una sentencia leyes que notoriamente son improcedentes é inoportunas: que tales leyes no pueden invocarse como motivos de ese recurso, y que no hay ni puede haber infraccion de ley en un fallo, cuando las que se citan se refieren á casos distintos de aquel á que tratan de aplicarse." [1]

Esto supuesto: ¿qué tienen de conducentes aquí los artículos del Código que atribuyen á las actuaciones judiciales el carácter de prueba plena, cuando se trata de la prueba de testigos y sobre ella ha versado la calificacion de la Sala? La primera de esas pruebas pertenece á la clase de la de documentos públicos, como lo establece tambien dicho Código y se decide frecuentemente por los Tribunales; y es otra doctrina tambien sancionda en aquella jurisprudencia: "que las leyes referentes al valor de los documentos públicos no son aplicables cuando se trata de las demás clases de prueba." [2]

Por lo demás, ni aun permitiendo que en el caso fueran aplicables los expresados artículos, habria aquí ni la menor apariencia de

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., Apénd. 1º, pág. 120; Apénd. 2º, pág. 102; y Apénd. 3º, págs. 132 y 133.

2 La misma obra, pág. 284; y Apénd. 1º, pág. 97.—Art. 602, frac. 6ª, del Cód. ant. de Proc., y concord. del nuevo.

razon para considerarlos violados; porque las actuaciones judiciales que se asimilan, como acaba de indicarse, á los instrumentos públicos y participan de la naturaleza de ellos, hacen prueba y merecen fe en los términos en que la hacen y la merecen éstos, es á saber, para el efecto de acreditar la verificacion del hecho consignado en ellos, la práctica, por ejemplo, de la diligencia que consta en las primeras y el otorgamiento del acto ó contrato extendido en los segundos; no para justificar la verdad ó importancia legal de aquel mismo hecho, la certeza, por ejemplo, de lo que un testigo ha afirmado en su declaracion, la exactitud de lo que los interesados han referido al contratar, ni el valor, por consiguiente, que deban tener las aseveraciones del uno y de los otros, el cual depende de la calificacion que en derecho se haga de ellas.

Y este es el motivo porque está decidido igualmente por diversas sentencias pronunciadas en recurso de casacion: que cuando no se desconoce la autenticidad y fuerza de un documento, sino que sólo se resuelve que no llena el objeto para que se presenta, no tienen aplicacion alguna las leyes que atribuyen el carácter y eficacia de una prueba plena á los instrumentos públicos. A propósito de lo cual no puedo ménos de invocar la autoridad respetable de este Tribunal, que en uno de sus acertados y siempre luminosos fallos ha sancionado ese principio con relacion precisamente al caso de que se trata, esto és, al de actuaciones judiciales y aplicacion del art. 554 que se cita; pues en el Considerando 5º de su sentencia de 7 de Agosto del año próximo pasado, refiriéndose al supuesto de violacion de ese artículo que alegaba entónces una de las partes, como ahora, contra la 4ª Sala tambien sentenciadora en el juicio, fundándose en que ésta no consideró como prueba el parecer de dos letrados, constante en actuacion judicial, dice resueltamente: que "tal supuesto no tiene por base una interpretacion que descanse en la jurisprudencia, porque el fallo no niega que la actuacion es prueba de haber pasado el hecho que ella refiere; lo que afirma es que el juicio pericial no probó el monto de la cantidad reclamada, lo cual es enteramente distinto, y tal aseveracion no influye en manera alguna sobre la legalidad de la sentencia,

constando como consta que dió el valor de prueba plena á la actuacion judicial." [1]

Es que en una actuacion judicial puede estar consignada una diligencia que importe otra clase de prueba, como sucede cuando en autos se reciben declaraciones de testigos; y el error de la parte contraria ha consistido en confundir aquí, donde se ha dado el caso, una de esas pruebas con la otra, y en dar á la una de ellas el valor que tiene la otra, argumentacion notoria y manifiestamente viciosa. En ese caso la diligencia ó actuacion valdrá plenamente para probar que los testigos fueron examinados y para justificar lo que depusieron en sus respectivas declaraciones; pero no prueba ni puede probar que lo que dijeron es cierto, ni que sus manifestaciones son razon suficiente de su dicho, ó que ellos mismos son dignos de crédito, como se necesita á su vez para que esta otra clase de prueba haga fe y se deba considerar legalmente. Y en consecuencia, si el juez niega á esos testimonios el carácter de prueba fidedigna ó legítima, aunque consten en una actuacion judicial, no por eso desconoce el valor de esta otra especie de prueba, ni infringe los preceptos legales que le dan ese valor y esa fuerza. Porque la eficacia de la prueba testimonial depende de la calificacion y el juicio del juez.

Y nótese que en cuanto á la facultad de apreciar si la razon que los testigos dan de su dicho es ó no suficiente y fundada, que es lo que aquí se discute, el juicio sobre esta clase de prueba está de tal manera sujeto al criterio del juez, que su calificacion es irrevocable, discrecional y absoluta; porque en las leyes no hay ni puede haber reglas determinadas para hacerla, no siendo, por lo mismo, posible que respecto de este punto se cometa ninguna infraccion. Y si las hubiera, nada habria adelantado el recurrente con decirnos, como nos lo inculca en tono de la más completa seguridad, que la manera como sus testigos han razonado las declaraciones rendidas por ellos en los autos, es satisfactoria ó tan buena como legalmente debia serlo; porque su sola opinion es incompetente y

1 Pantoja: págs. 375 y 383; Apénd. 1º, pág. 83.—Anuario de legisl., año 2º, secc. de casacion, pág. 133.

carece de toda importancia para decidir en esta materia. "La mera creencia ó apreciacion de un litigante no puede servir de fundamento á un recurso de casacion," dice una ejecutoria pronunciada en esta clase de recursos. [1]

Lo que necesitaba haber hecho, era indicarnos dónde se encontraban aquellas reglas, y cuáles de ellas eran las que la Sala habia infringido al exponer las ideas que emite sobre la insuficiencia ó inhabilidad de la expresada razon; pues ya se ha visto que, conforme á las sanciones de la jurisprudencia, para que se pueda prosperar en aquellos recursos, no bastan citaciones vagas é inciertas de leyes, como lo es la del precepto que establece en general el valor de una clase de prueba, cuando no es la de que se trata, ni referencias genéricas á las constancias ó datos que obran en los autos; sino demostraciones específicas de la disposicion precisa y conducente que ha sido violada, del hecho determinado en que consiste esa violacion, y del concepto en que ella se ha cometido.

Mas no era posible que el mismo recurrente nos citara dichas reglas, porque hay necesidad de repetir que ellas no existen ni pueden existir en las leyes. Lo que en la prueba de testigos se llama razon de su dicho, es la expresion de los motivos ó causas que han tenido para saber lo que declaran, del modo con que han adquirido esa ciencia, de los medios que han podido servir para persuadirlos de que lo que expresan es la verdad, y que de consiguiente no se han engañado ni pueden á su vez engañarnos. Pero todos estos son datos y antecedentes de hecho, que dependen de las circunstancias de las personas y de las cosas, variables hasta lo infinito, segun los casos que se presentan, y sobre las cuales el legislador nada puede prever ni prescribir en abstracto y de una manera absoluta para que pudiera servir de norma ó de regla. Esta es una observacion perfectamente exacta, qué no procede de mi fantasía, sino de las inspiraciones de la razon confirmadas por las doctrinas de los autores, y que convence de la preponderancia que en este punto debe tener legalmente el discernimiento del juez.

1 La misma obra de Pantoja, pág. 882.

Así es, que uno de los tratadistas que más detenida y concienzudamente han tratado la materia de pruebas, despues de establecer en principio con otros no ménos notables como Gregorio López, Bobadilla y García, que en esa materia lo que la ley no determina queda sujeto á la prudencia del juez: "*Quæ á lege non sunt determinata, judicis discretione committuntur,*"[1] asienta que esto tiene lugar en derecho cuando la necesidad de las cosas lo exige por ser tan varios los casos, los hechos y las circunstancias que deben tenerse en consideracion, que la ley no las puede anticipadamente comprender: "*Nam cum quid relinquitur judicum arbitrio fit necessitate ita suadente, dum omnes eventus, facta et circunstantias rerum velut infinita prope jus non potest amplecti.*"[2]

Y en otra parte, refiriéndose ya específicamente á la razon que los testigos deben dar de su dicho, dice: que la primera regla que los jueces deben seguir para calificar la veracidad de esa prueba, es atender á esa misma razon, porque ella es el crisol para aquilatar el valor de los testimonios y de ella depende la fuerza de esa clase de prueba; añadiendo despues: que lo que en derecho se llama razon suficiente de la declaracion de un testigo, no es sino lo que basta para creer lo que se asevera y para no creer lo contrario, induciéndonos por consiguiente á tener por cierto lo que ella nos demuestra que es verdadero, y á desechar como falso lo que no se apoya en la misma; porque ella es la guía de la inteligencia, el impulso que nos conduce á distinguir lo verdadero de lo falso, y por eso se la llama demostracion plena de la verdad: "*Prima sit régula, quod testium rationes respiciant, quæ est dictorum et testimoniorum régula, qua dimetiuntur.... pondus quidem probationum sumendum est ex vi rationis, et verisimilitudinis...... Sufficiens enim ratio quid est, nisi sufficiens ad credendum id quod asseritur, et sufficiens ad non credentum contrarium, ita ut credamus quod ipsa ratio verum demonstrat, et non credamus quod ab ea secernitur.... nam ratio nihil aliud est quam dux intelectus, aut motus*

1 Escobar. De Purit., part. 2ª, quæst. 9, § I, núm. 3.
2 Id., núm. 8.

animi vera a falsis distinguens, quare certa demonstratio veritatis apellatur." [1]

Por último, en otro lugar, ocupándose de los requisitos que deben tener los testigos para hacer fe, señala como uno de ellos el de que aduzcan razones y causas verosímiles y suficientes para inducir el ánimo del juez á creer lo que afirman: *"Quod afferant rationes et causas verisimiles et sufficientes ad movendum animos judicum ad sic credendum."* [2]

Estas doctrinas no pueden ser más explícitas. Ellas reconocen que lo que la ley busca al exigir de los testigos que den razon de su dicho, es proporcionar los fundamentos necesarios para producir el convencimiento del juez, en materia en que así lo exige la naturaleza de las cosas, que no permite atenerse á las simples aserciones por la falacia de la prueba: que sobre esto no es posible de antemano fijar reglas ciertas, porque el juicio acerca de la eficacia y fuerza de aquella causa ó razon para inclinarse á creer lo afirmado, depende del ejercicio libre de las facultades intelectuales del hombre; únicas que pueden reflejar la conviccion en el juez, en la gran variedad de circunstancias y casos que están fuera de la prevision del legislador: que por lo mismo en todo esto se versan verdaderas apreciaciones morales, y no puede haber otro criterio de verdad que el propio discernimiento del juez.

Y este es punto tambien claramente decidido por la jurisprudencia de casacion. El Tribunal Supremo de España tiene resuelto en varias ejecutorias que: "cuando la cuestion versa sobre puntos de hecho y sobre la apreciacion moral de los mismos, no existen disposiciones legislativas especiales que determinen las circunstancias ó calidades de la prueba en tales casos." [3]

De consiguiente, en esos casos no determinados por la ley, como el presente, las facultades del juez son amplias y expeditas conforme á su razon y á su ilustrada inteligencia, segun se ha visto anteriormente que lo enseñan los autores; y el juicio que forme en

1 Escobar, § II, núms. 5, 8; § III, núms. 17, 21 y 22.
2 Id., núm. 99.
3 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 275, 276 y 542; Apénd. 3º, pág. 26.

uso de esas facultades, nunca puede importar una infraccion ó desobediencia al precepto de las leyes. Y este es otro punto igualmente decidido por la doctrina y por la jurisprudencia.[1]

Ya Salgado decia que: el arbitrio judicial en materias en que se tiene la facultad de ejercerlo, no admite objecion y que los actos ejecutados en virtud de él por el inferior, son independientes de toda autoridad y están exentos de toda revision por parte del Superior: "*Quia judex in arbitrariis argüi non potest, et quia superior non potest inferioris conscientiam et animum immutare, nec enim vis animo inferri potest.*"[2] El mismo citado Tribunal Supremo de España declara en otra sentencia que: "No pueden considerarse ni admitirse como infracciones legales, las que están motivadas en suponer y dar como ciertos hechos decisivos de la cuestion, contra la apreciacion de la Sala sentenciadora y el criterio formado en uso de sus atribuciones."[3]

Y esta respetable Sala, con su acostumbrado acierto é ilustracion, tiene consagrados iguales principios por repetidas ejecutorias de las que ha pronunciado. En su fallo de 19 de Febrero de 1884 resolvió, de conformidad con el representante del Ministerio Público: "que es doctrina admitida por los tratadistas en materia de casacion, que ésta no procede cuando se pretende fundarla en violacion de ley relativa á la apreciacion de las pruebas, siempre que la ley misma deja tal apreciacion al arbitrio del júez." En su sentencia de 30 de Agosto del mismo año aceptó tambien la doctrina de aquel funcionario, por el cual se asentó en el pedimento relativo que: "si ha de reconocerse en los jueces el arbitrio que les es indispensable en materia de prueba testimonial, no pueden colocarse en el caso de infringir las leyes que reglamentan las circunstancias que han de acompañar á los testigos traídos al litigio; ó más claro: que no puede infringirse y no se infringe un precepto, cuando se hace uso de la facultad que concede." Y en ejecutoria de 19 de Agosto del año próximo pasado, igualmente reconoció como decla-

1 Anuario de Leg., año 2º, secc. de casac., págs. 140, 141 y 163.
2 De Protect., Part. 3ª, cap. 13, núms. 29 y 30.
3 Pantoja, la misma obra, pág. 550.

raciones suyas citadas por el mismo Ministerio: "que cuando la ley deja al arbitrio del Tribunal sentenciador la apreciacion de las pruebas, no procede la casacion por las alegaciones que se hagan de las leyes relativas."[1]

De consiguiente, hay que deducir como corolario que lógica y necesariamente se infiere de lo expuesto, el de que la Sala sentenciadora no ha violado ni podido violar los arts. 724 y 554 de uno y otro Código de Procedimientos, que ni son conducentes al objeto á que se aplican; ni con dar el valor de prueba plena á las actuaciones judiciales coartan la libertad de los jueces para apreciar, como tienen derecho de hacerlo con arreglo á los principios legales, las circunstancias de la prueba testimonial, y entre ellas principalmente la razon que los testigos dan de sus dichos, aunque esta circunstancia conste en esas actuaciones. De modo que, permitiendo todavía que el juicio de la Sala sentenciadora, al estimar como infundada en el caso dicha razon, fuera erróneo, nunca se podria tener como tal infraccion; y por lo mismo y á reserva de demostrar que no lo ha sido, como lo harémos más oportunamente en otro lugar, parécenos conveniente, por ahora, dar como concluido este punto, para examinar si dicha Sala ha violado el otro artículo que se supone infringido en el Considerando de que nos hemos ocupado hasta aquí.

Ese otro artículo es el 562 del nuevo Código de Procedimientos, por el cual se declara que: "El valor de la prueba testimonial queda al arbitrio del juez, quien nunca puede considerar probados los hechos sobre los cuales ha versado, cuando no hay por lo ménos dos testigos en quienes concurran las siguientes condiciones, etc." Y respecto de este artículo se dice por la parte contraria que lo ha violado la Sala, porque á pesar de que la misma parte rindió la declaracion de más de dos testigos contestes sobre el hecho de haberse concedido autorizacion para celebrar el contrato, en la sentencia no se consideraron justificados los hechos sobre que depusieron aquellos.

1 Anuario de Leg., año 1º, secc. de casac., págs. 63, 73, 132 y 216.

Con toda pena es preciso decir: que en la cita de tal precepto, el recurrente ha andado todavía ménos feliz que en las anteriores, porque ella es en realidad ***contraproducéntem;*** pues si el artículo deja la facultad de estimar el valor de la prueba testimonial al arbitrio del juez, claro está que en esta materia no cabe ninguna infraccion, en vista de las decisiones expresas y terminantes de la jurisprudencia que se acaban anteriormente de citar, por las cuales está declarado que cuando se hace uso de una facultad, bien ó mal, se obrará ó no con acierto, pero no se infringen ní pueden infringirse las leyes.

Y que el Código en dicho artículo sanciona el arbitrio judicial en aquella clase de prueba, es una verdad perceptible á su simple lectura, porque la demuestran sus palabras textuales; sin que valga en contrario decir que tal concepto está restringido por los términos del mismo artículo, al agregarse en él que el juez nunca podrá considerar probados los hechos sobre los cuales ha versado la prueba, cuando no haya por lo ménos dos testigos en quienes concurran las condiciones que exige. Porque el establecer que los testigos no pueden hacer prueba, si no es que haya por lo ménos dos, no equivale á determinar que cuando concurren en este número ó más, la hagan precisa y necesariamente en todos los casos, ni esta segunda afirmacion es consecuencia de la otra. Por el contrario, la inteligencia obvia y natural del artículo, segun sus expresiones bien claras es: que el juez nunca está autorizado para admitir como plena la prueba testimonial, cuando consiste en ménos de dos testigos; y su arbitrio para calificar si es ó no buena y legítima, tiene cabalmente lugar cuando los testigos que la forman son dos ó más.

Y así lo asienta el representante del Ministerio Público con mucho fundamento y razon, en uno de sus pedimentos extendidos ante esta Sala, á que ántes me he referido, en el cual establece: que "los arts. 562 y 567 del Código de Procedimientos vigente, sancionan la teoría jurídica de que el valor de la prueba testimonial y de presunciones, queda al arbitrio del Juez." Pero aun es todavía más explícito en otro de esos pedimentos, en el que, mar-

cando de propósito la innovacion introducida por el primero de esos artículos sobre este particular, observa lo siguiente: "El Ministerio Público encuentra desde luego que entre los arts. 732 y 733 del Código anterior de Procedimientos civiles, y el art. 562 del actual, existe gran diferencia y aun puede decirse que contienen preceptos entre sí opuestos; porque los arts. 732 y 733 imponian á los Jueces el precepto de que respetaran como prueba plena las declaraciones de dos testigos revestidos de las condiciones que en los mismos artículos se expresan, miéntras que el art. 562 del Codigo de 1884, asienta como principio general la doctrina contraria, á saber: que el valor de la prueba testimonial queda al arbitrio del Juez." "De allí se deduce con claridad completa, que la 3ª Sala, en la ocasion de que se trata, no pudo infringir el citado art. 562; puesto que si á la libre discrecion del juzgador se dejó valorar la prueba de testigos, no fué posible que violara la ley misma que tal franquicia le otorgó, cualquiera que haya sido el valor que el Juez dió á la prueba testimonial."

Por eso la Sala sentenciadora tambien, que nada expone en su irreprochable fallo sino con la más profunda reflexion y el estudio más serio, refiriéndose á ese mismo punto y reconociendo esa reforma introducida por el segundo de dichos Códigos, dice, aunque en otro de sus Considerandos: "Que por haberse reputado siempre la prueba testimonial como la más falible de todas las pruebas, la ley, destruyendo esa separacion que la tecnología jurídica y la tendencia á constituir pruebas facticias establecia entre el criterio moral y el jurídico, los ha identificado hoy, dejando al arbitrio judicial la calificacion de la prueba testimonial; calificacion que debe hacerse, no por el número de los testigos y la docilidad con que afirman las preguntas que les hagan las partes, sino por las circunstancias que en esas declaraciones reflejen la veracidad, imparcialidad y amplitud del testigo."

Así, pues, para la otra parte habria sido más favorable que nos hubiera presentado como infringido el art. 732 del antiguo Código de Procedimientos, que al ménos consigna en general el principio de que dos testigos hacen prueba plena, si concurren en ellos las

condiciones que expresa y las que determina el siguiente. Mas ese artículo no podria en manera alguna tomarse en cuenta, siendo, como es, una doctrina perfecta é invariablemente ejecutoriada en la jurisprudencia de casacion que, para resolver sobre este recurso, no se pueden considerar preceptos legales que no han sido designados individualmente con toda exactitud; ni aunque ellos sean concordantes de los que han sido especificados, y mucho ménos cuando están en contradiccion con éstos, como sucede en el caso con el referido artículo respecto del que se ha citado correspondiente á él del Código nuevo.[1]

Sin embargo, la verdad absoluta es que, en ninguno de los dos diversos sistemas que respectivamente adoptan los anteriores artículos, cabe la menor infraccion de ley cuando el Juez califica la prueba testimonial. Y tal ha sido siempre el sentir de la jurisprudencia, uniformemente reproducido bajo el imperio de ambos sistemas, que son los que han predominado en las diversas legislaciones, segun los tiempos y los lugares.

En el que sigue el art. 562 de nuestro Código actual, parece que esa asercion no admite género alguno de duda, segun lo que ya arriba se ha expuesto. Y si sobre esto se quisiera tener todavía mayor certidumbre ó seguridad de opinion, no habria más que consultar la jurisprudencia que se profesa por los autores que han escrito donde la legislacion sanciona ese mismo ó semejante sistema.

En Francia, cuyo derecho no contiene precepto alguno explícito, como aquel nuestro sobre la autoridad del Juez, para apreciar la prueba de testigos, y en el que se considera que esa autoridad ó esa discrecion resulta sólo del silencio absoluto que guarda el Código de Procedimientos acerca del número de testigos necesarios para hacer prueba, y de la disposicion de su art. 1041 por la cual se derogan todas las leyes, costumbres, usos y reglamentos anteriores relativos al procedimiento civil, uno de los más distinguidos escritores se propone la cuestion de si los Códigos franceses impo-

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 142, 151, 152 y 854; Apénd. 1º, pág. 186; Id. 2º, pág. 33; Id. 3º, pág. 39.

nen al Juez la necesidad de conformar precisamente su juicio al resultado de las declaraciones de los testigos en la prueba testimonial; y desde luego resuelve negativamente esa cuestion, observando: que, si bien el Código de Procedimientos, en su art. 253, permite á los Jueces admitir esa clase de prueba en los casos en que no está prohibida, se guarda muy bien de exigirles una fe ciega sobre ella, en presencia de la desconfianza con que siempre la han visto las leyes. De suerte que, por la naturaleza de las cosas, queda sometido al exámen del Magistrado encargado de juzgar, si existe tal prueba; cuyo juicio en este punto debe ser libre, sin otra regla que su conciencia y su persuasion. Y añade que lo mismo se infiere de las disposiciones del Código Civil; concluyendo por decir que debe tenerse como cierto que la conciencia del Juez no se halla ligada por las deposiciones de los testigos, cuando no son bastantes á persuadirlo, cuando tiene graves motivos para creer que ellas no son conformes á la verdad; y que es indudable que una sentencia fundada en tales principios, no podria ser casada porque no violaba ninguna ley. [1]

En España, donde rige el art. 317 de la ley de enjuiciamiento civil, por el cual se dispone que los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos; cuyo artículo acepta aquel mismo sistema, aunque no tan ampliamente como el del último Código nuestro, y se considera como derogatorio, ó al menos esencialmente reformatorio, de las antiguas leyes españolas que regulaban la fuerza de la prueba testimonial; la jurisprudencia no puede ser más terminante en el sentido que se acaba de indicar, y seria largo citar las numerosas ejecutorias que declaran, ya que aquel artículo no impone á los jueces y tribunales el deber de contar sino de pesar los testimonios, dejando á los juzgadores libertad prudente y racional de formar su conviccion, y por tanto no se infringe cuando la apreciacion de la prueba no está basada en el número; ya que es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora el apre-

1 Toullier. Droit civil, Liv. 3º, cap. 6º, sect. 2ª, part. 2ª, nº 322; Tom. 9º, pages 309 et 311.

ciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos traídos á los autos para justificar los hechos, y ya que contra esta facultad no puede darse ni procede el recurso de casacion.[1]

El otro sistema, establecido en el art. 372 de nuestro Código de Procedimientos antiguo, es el que se reputaba admitido por el derecho romano en la ley 12, lib. 22, tít. 5º del Digesto, por contenerse en ella esta disposicion: "*Ubi númerus textium non adjicitur, etiam duo sufficiunt.*" Y sobre semejante teoría observa con mucha profundidad el jurisconsulto frances que hace poco acabamos de citar: que "en el expresado derecho no hay en realidad ninguna ley que obligue á los jueces á sujetar su juicio á las deposiciones uniformes de varios testigos. Se encuentran en él, añade, únicamente dos textos que dicen que se necesitan dos testigos para formar prueba; pero el decir que dos testigos y no sólo uno, pueden hacer prueba, no es afirmar que sus deposiciones reunidas necesariamente la formen; y no hay en todo el cuerpo de ese derecho ninguna disposicion que así lo declare. Por el contrario, muchas hay que recomiendan al juez desconfiar de esa prueba y que le permiten desechar aun á los testigos que no han sido tachados."

"Se debe examinar con mucho cuidado, segun Calistrato, la fe que merecen los testigos: "*Testium fides diligenter examinanda est.*"

"El Emperador Adriano decide formalmente que los jueces pueden saber mejor que el legislador la fe que se debe dar á los testimonios: *Tu magis scire potes quanta fides adhibenda sit textibus.*"

"Papiniano, el Príncipe de los jurisconsultos romanos, asienta por último, que la conciencia de los jueces debe suplir el silencio de la ley, puesto que tiene el deber de pesar hasta las deposiciones de los testigos cuya reputacion es irreprochable á los ojos de la misma: *Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium ad quorum officium pertinet ejus quoque testimonii fidem quod integræ frontis homo dixerit perpendere.*" [2]

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 824 y 1072; Apénd. 1º, págs. 225 y 227; Apénd. 2º pág. 149; id. 3º, pág. 199.

2 Toullier. Lugar citado, págs. 307 y 308.

Y de todo esto infiere el mismo jurisconsulto que, segun el expresado derecho, los jueces no estaban obligados á normar su juicio por las declaraciones de los testigos, cuando no les parecian concluyentes; cuando no eran bastantes para persuadirlos; cuando, en una palabra, no consideraban probado el hecho con ellas.

Inspirada en las propias ideas de aquel segundo sistema, regulador del valor que debe darse á la prueba testimonial, se ha considerado la ley 32, título 16, part. 3ª, que con otras del antiguo derecho español, determina que: "Dos testigos que sean de buena fama, e que sean atales que no los puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes de este nuestro libro, abonda para probar todo pleyto en juyzio." Y ya tambien los antiguos juristas que escribieron bajo el imperio de esas leyes decian: "Que en albedrío del juez están las probanzas, y la fe que á los testigos se debe dar; y en tanto son arbitrarias que puede el juez no darles crédito alguno, así como persuadirse que dicen más verdad unos que otros."[1] Pero, sobre todo, es notable y digno de tenerse presente lo que sobre esas leyes exponen los más acreditados tratadistas modernos.

Uno de los principales, como lo es Caravantes, despues de observar las causas que han dado lugar á los dos indicados sistemas sancionados por las leyes en materia de prueba testimonial, y advertir que las de partida y otras de los Códigos que les precedieron adoptaron el segundo de que venimos hablando, dice: "Que de las disposiciones expuestas, entre las cuales enumera la referida ley 32, se deduce que al paso que ellas establecieron las reglas principales que debian servir de norma al juez para apreciar las declaraciones de los testigos, dejaron vasto campo al criterio judicial en la aplicacion inmediata de estas reglas; puesto que el orígen ó fundamento de la fuerza probatoria del testimonio consiste en la presuncion de que quien le presta pudo observar y quiso decir exactamente la verdad; y puesto que no puede saberse completamente los grados de fuerza que pierde ó adquiere esta presuncion hasta el momento de tomar las declaraciones, porque entónces es cuan-

1 Bobadilla. Política, lib. 5º, cap. 3º, núm. 26.

do se manifiesta no sólo la firmeza y verosimilitud de las mismas, sino hasta las cualidades particulares del testigo en el órden físico y moral."

"Así, pues, agrega, aunque el Juez no podia calificar de prueba plena ó semiplena, la que la ley no consideraba como tal, podia dar aquella fuerza á las demás pruebas sobre que la ley no prescribia regla determinada, y asimismo elevar ó disminuir los grados de probabilidad de las determinadas por la ley, cuando concurrian con otras que las robustecian ó desvirtuaban, sin incurrir por ello en responsabilidad, ni dar ocasion á recurso de nulidad."

En otra parte asienta: que "la ley, refiriéndose á la ya citada 32, tít. 16, no ha dicho que deba tenerse siempre por prueba lo que declaren dos testigos en general, sino lo que declaren dos testigos á quienes no se pueda oponer nada por razon de sus personas ni de sus dichos." Y explicando despues la disposicion de otra ley de Partida que prescribe al Juez, en caso de que ambas partes presenten prueba de testigos, crea los dichos de aquellos que le parezca que dicen la verdad ó que se acercan más á ella, pregunta: "¿Pero cuándo se entenderá que dicen verdad los testigos ó que se acercan más á ella? El legislador no establece reglas sobre este punto, ni debia en efecto establecerlas. Siendo esto dependiente de cualidades particulares y de diversas circunstancias que, por lo comun, sólo se manifiestan en el acto mismo de las declaraciones, y que pueden, en sus combinaciones múltiples, implicar deducciones distintas y aun contrarias, el legislador tiene que dejar al criterio judicial el cargo de apreciar cuándo aquellas aparecen y concurren respecto de los testigos que presentan las partes, y hasta qué punto influyen en las declaraciones para ocultar ó disfrazar la verdad."[1]

Otros de aquellos tratadistas, Manresa y Reus, establecen que: "Aunque dichas leyes (habla de las de Partida) sancionaron el principio de que dos testigos contestes y libres de toda excepcion,

1 Tratado de Proced. judic., tom. 2º, núms. 991, 1000, 1001, 1015 y 1022; págs. 244, 246, 247, 252 y 255.

hacen prueba plena, tambien dejaron á la sana crítica del Juez la apreciacion y la fuerza probatoria de sus dichos, cuando estos son contradictorios: Que dos testigos, aunque estén contestes y sin tacha legal, no pueden hacer prueba plena, cuando sus declaraciones han sido desvirtuadas por algun otro medio de prueba, ó cuando los hechos sobre que declaran son inverosímiles en el órden natural de las cosos, ó cuando no concurren en ellos las condiciònes necesarias para poder apreciar los hechos debidamente, sin temor de que puedan haber sido engañados."

Y en otro lugar añaden: "Queda demostrada la sin razon con que, en nuestro concepto, jurisconsultos muy respetables han censurado nuestro antiguo derecho, suponiendo haber suprimido en los Jueces el criterio humano, por obligarles á dar más valor al número que á la calidad de los testigos. No; las leyes de Partida, modelo de rectitud y de sensatez, no podian sancionar tal absurdo: fieles imitadoras de las romanas, salvas algunas excepciones, de ese monumento imperecedero de eterna justicia, siguieron el principio por éstas sancionado, de dejar al criterio judicial la apreciacion del valor de los testigos."[1]

El Tribunal Supremo de España ha pronunciado diversas resoluciones en ese mismo sentido, cuando ha creído que se hallaba en el caso de interpretar todavía los preceptos de las referidas leyes. "La ley 32, tít. 16, Part. 3ª (dice en una de sus sentencias), que fija con distincion de casos el número mínimo de testigos que son necesarios para hacer prueba, nò puede infringirse por un fallo en que no sea tenida por bastante esa prueba." Y en otra dice: "La declaracion uniforme de dos testigos, no siempre ni con aplicacion á todos los casos y circunstancias, justifica la verdad legal; porque lo dispuesto en esta parte por la ley 32, tít. 16, Part. 3ª, no siendo un precepto absoluto por las excepciones que contiene, se concreta tambien al caso de que sólo haya dos testigos, y no comprende ni pòdia comprender aquellos en que declaran otros en diversos sentidos sobre el mismo hecho, ó en que se practiquen otras prue-

1 Ley de Enjuiciamiento civil. Tom. 2º, págs. 227, 228 y 230.

bas en contrario, ni aplicarse tampoco á los dos testigos si no están enteramente conformes, no sólo en lo sustancial de los hechos, sino en los accidentés que contribuyen á esclarecer la verdad."[1]

Pero lo más decisivo en este punto es la jurisprudencia establecida por este ilustrado Tribunal, sobre la aplicacion del art. 732 del Código de Procedimientos derogado, que pertenece al sistema de que hablamos, y seria, como hemos dicho, el más ventajoso á la intencion de la parte contraria; pues vigente aún ese Código, dictó esta Sala su sentencia de 18 de Febrero de 1884, en cuyo Considerando 2º declara: "Que la apreciacion de la prueba en el juicio debe hacerse por el Tribunal *a quo*, en uso de una facultad soberana que no tiene más limitacion que la de sujetarse á las disposiciones legales que determinan las calidades de la prueba; y que la Sala sentenciadora, al apreciar la prueba de cuatro testigos que produjo el actor con su superior criterio, usó de la facultad que le concede el art. 740 de dicho Código de Procedimientos, combinando la prueba, para cuya operacion no puede darse una regla fija, ni por tanto fundarse un recurso de casacion por falta de precepto expreso, no habiendo sido, por lo mismo, violados el citado art. 732 y demás que el recurrente determinó en el negocio."[2]

Despues de lo alegado hasta aquí, pareceria inútil insistir en alegar aún nuevas razones para poner completamente en claro, como evidentemente lo está, que no tiene fundamento alguno plausible la imaginaria infraccion que se atribuye á la 4ª Sala, con referencia al art. 562 del Código de Procedimientos vigente. Pero como por lo ménos se ha pretendido imputar á esa autoridad que, en el uso del arbitrio que le concede ese artículo, procedió caprichosamente y de una manera arbitraria resistiéndose á dar por justificado lo que realmente lo está por la prueba testimonial del actor; y no debo dejar que quede ni aun sombra de duda sobre la justificacion con que ha obrado aquella, el Tribunal me permitirá, con su conocida indulgencia, que afronte directamente ya la cues-

1 Pantoja. Obra citada, págs 1075; y Apénd. 1º, pág. 226.
2 Anuario de Leg., secc. de casac., año 1º, págs. 57, 58, 62, 63, 171 y 182.

tion entrando en el exámen del punto de hecho que ofrece, y pase en seguida á demostrar que dicha Sala no sólo no contravino á ley en ese punto, sino que lo falló con toda rectitud y todo acierto; por mucho que esta cuestion esté fuera del debate segun la naturaleza del recurso interpuesto, y sea ajena de las elevadas funciones de este mismo Tribunal, llamado á ver las cosas desde mayor altura, esto es, en la esfera de la jurisprudencia, de las discusiones puramente legales y de la sola aplicacion del derecho.

El citado art. 562 exige, para que el juez pueda dar valor á la prueba de testigos, cuatro condiciones que deben concurrir simultáneamente; y con relacion á cada una de ellas, voy á considerar la que ha producido el recurrente, para ver si, como se supone, ha sido legítima y capaz de justificar los hechos que se quieren dar por acreditados.

La primera de dichas condiciones es que los testigos *sean mayores de toda excepcion.* Y la importancia que el diestro patrono de la parte contraria atribuye á los suyos, depende del arbitrio ya intencional ya involuntario á que siempre ha estado recurriendo, como lo hizo en el informe de 2ª instancia, de confundir los elementos que constituyen la idoneidad de un testigo, con los que lo hacen digno de fe. No son lo mismo *testigos idóneos* que *mayores de toda excepcion;* los primeros son los que no están prohibidos de testificar, los que no tienen ninguna de las inhabilidades ó impedimentos que señala la ley para que puedan ser admitidos como tales testigos, que en nuestro Código están designados por el art. 504; los segundos son los que reunen todos los requisitos que determina la misma ley, como lo hacen el art. 563 y otros de ese Código, y sugieren la prudencia y la razon segun las circunstancias del caso para que el juez pueda descansar plenamente en la veracidad del testigo.

Esta es una doctrina corriente y que se ha sostenido invariable en medio de los cambios y alteraciones que ha recibido el derecho. La enseñaban ántes los viejos legistas, la enseñaron despues los tratadistas posteriores á ellos, y la enseñan hoy los jurisconsultos actuales.

Entre los primeros la asentaron Mateu y Antonio Gómez: "*Nec in jure idem est idoneus testis, atque omni exceptione major, licet enim plures hoc tenere videantur; qualitas majoritatis omni exceptione continet in se plus quam idoneus testis.*" "*Item adde, quod tales testes, ad hòc ut plene probent, debent esse fidedigni et omni exceptione majores; et omnes dicuntur fidedigni et omni exceptione majores qui nulla exceptione legitima repelli possunt, et lege non reperiuntur prohibiti.*" [1]

Lo asentó entre los segundos Febrero: "Dos testigos hacen plena probanza siendo hábiles, idóneos y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos ni sus personas. Tres son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos. El primero, contra sus personas, diciendo que son inhábiles para testificar.... El segundo, contra su exámen.... El tercero, contra sus dichos, v. gr., por haber depuesto cosas contrarias, etc." [2]

Entre los últimos lo asienta tambien Caravantes: "Por testigos mayores de toda excepcion, se entienden aquellos que están exentos de toda circunstancia que les impida declarar en juicio, bien absoluta ó relativamente por ser tachables, de suerte que por razon de sus dichos y personas merezcan crédito." [3] Toullier, sobre todo, siempre filosófico y profundo en cualquiera materia, cita á Hubero, á quien califica de autor tan versado en la teoría como en la práctica del derecho, que dice: "*Summa distinctio est ut testes, aut prohiberi penitus, aut reprobari duntaxat. Prohibentur qui plane non audiuntur; reprobantur quibus auditis aliquid objici potest, quominus fidem mereantur.*"

Observa en seguida que, segun Lauterbach, consecuente con esa distincion, las personas se dividen en cuanto al derecho de atestiguar en tres clases: 1ª Aquellas á quienes la ley priva de ese derecho, y que por este motivo no son testigos idóneos: 2ª Las que lo son porque la ley no prohibe que se les admita, pero á las cua-

1 Matthæu. De re criminali, Controv. 2ª, á núm. 26.—Gómez, Lib. 3º Variar, cap. 12, núm. 12.

2 Febrero de Tapia. Tom. 4º, pág. 150, núm. 66; pág. 206, núm. 7.

3 Tratado de Proced., tom. 2º, pág. 150, núm. 993.

les se puede reprochar que son capaces de alterar ó destruir la fe que se podria tener en sus testimonios: 3ª Aquellas á quienes no se puede poner tacha alguna, y que los autores llaman *testes omni exceptione majores, quorum testimonio nihil objici potest, quod fidem eorum diminuat.*

Y esclareciendo esas ideas, él por sí mismo establece: "Todas las personas que no han sido formalmente privadas ó excluidas por la ley del derecho de atestiguar, se deben admitir como testigos, son testigos idóneos. Pero se las puede tachar, *reprobare*, es decir, que se les pueden reprochar hechos propios, para destruir ó alterar la confianza de sus testimonios: esta es una facultad natural, un medio de defensa de que la ley á nadie puede privar."[1] Tal es la doctrina constante de todos los autores, que este último reproduce con relacion al derecho romano y al derecho frances. Y ya se ha visto que está tambien reconocida y autorizada por nuestro Código de Procedimientos actual.

En desarollo de esa misma doctrina, exponen tambien los intérpretes la libertad que tienen los jueces para tomar en consideracion las circunstancias ó motivos de desconfianza que ofrecen los testigos, ya en sus personas ya en sus declaraciones, además de las causas que constituyen su falta de idoneidad para rechazar la fe de sus testimonios: "*Posset judex ex officio suo, ex dictis defectibus, testes ipsos tamquam repulsos habere, et eis fidem non adhibere,*" dice Azevedo. Caravantes, hablando precisamente de la regla que fija la suficiencia del número de dos testigos para hacer prueba, dice: "Así, pues, dicha regla no tendrá aplicacion si concurriendo algunas de las causas de tachas, v. gr. parentesco, amistad, interes en el negocio y demás que marca la ley respecto de los testigos, *por no haberse propuesto por la parte contraria,* viese el juez que influyen estas causas esencialmente en la imparcialidad de sus deposiciones."[2]

Y Toullier asienta: "La prohibicion no viene, no puede venir

1 Droit civil. Tom. 9, pág. 247, § 267 et 268.

2 Azevedo. Ad leg. Rec. Lib. 4º, tít. 8º, Leg. 1ª, ex núm. 13.—Caravantes. Tratado de Proced., tom. 2º, pág. 252, núm. 1016.

más que de la ley á la que el Magistrado debe obedecer. Éste no puede admitir nunca á declarar aquellos á quienes ella no considera testigos idóneos, ó á quienes priva ó excluye del derecho de atestiguar. Las tachas, por el contrario, no proceden de la ley; porque no son otra cosa que tales ó cuales hechos de donde se pretende sacar inducciones capaces de destruir ó alterar la fe de los testimonios. Si nuestro Código de Procedimientos indica seis en el art. 283, no se debe inferir de esta indicacion ó enumeracion, que haya querido limitar á este número las causas para tachar, cuyo número es ilimitado por la naturaleza de las cosas. Esta consecuencia importaria un gravísimo error. Las tachas, como hemos dicho, no son más que los hechos objetados al testigo para impugnar su veracidad; y estos hechos no se pueden prever, no se pueden enumerar porque pueden variar hasta lo infinito; ménos se pueden apreciar de antemano las inducciones á que dan lugar, puesto que la exactitud de estas inducciones depende de las circunstancias de cada caso particular. Es, pues, imposible por la naturaleza misma de las cosas, que la ley pueda fijar ó limitar el número de las tachas, y deben quedar necesariamente sujetas al juicio y á la prudencia del Magistrado."[1]

Y no dejan de ser esos mismos principios los que hoy rigen entre nosotros, conforme al Código vigente de Procedimientos, que en su art. 563 faculta al juez para calificar la fe que los testigos merecen, no sólo por las causas de inhabilidad que señala el 504, sino por razon de los requisitos relativos á sus personas y á sus testimonios que determina en sus diversas fracciones: que en su art. 590 concede á las partes el derecho de oponer tachas á los testigos respecto de sus personas, y el de alegar simplemente los vicios que hubiere en los dichos ó en la forma de las declaraciones, sin necesidad de que las hayan objetado en la forma; y que en los arts. 579 y 593, autoriza al mismo juez para que califique las tachas cuando aparezcan de las mismas constancias de autos, cualesquiera que sean, aunque no se hayan opuesto por el litigante, haciendo esta calificacion en la sentencia definitiva, como la efectuó en el caso la Sala.

1 Droit civil. Lib. 3º, tít. 3º, cap. 6º, secc. 2ª, part. 2ª, tom. 9º, pág. 249, núm. 271.

Esto supuesto, no se ha podido sostener sincera y racionalmente que los cinco testigos presentados por la parte contraria, tienen la primera de las condiciones que requiere el art. 562 de aquel Código para hacer prueba.

No; no pueden ser *mayores de toda excepcion*, testigos como D. Miguel Guinchar y D. Manuel Gallegos, que han tenido impedimento legal para declarar como tales, con arreglo á la fraccion 8ª del art. 504, por el interes á lo ménos indirecto que tenian en el resultado del pleito, por haber intervenido como corredores en el negocio que ha sido objeto del mismo. Impedimento que ya establecia la ley 36, tít. 16, Part. 3ª, en consideracion á tal interes, como lo observan los autores: "*Unde si res perficitur, habet inde commodum; et dato, quod pretium non recipiat, adhuc præsumitur, quod affectet compleri id, propter quod laboravit, ne ei imponatur quod incaute se habuerit.*" Y es de notar que en la jurisprudencia de casacion está decidido, por varias ejecutorias de la Corte de Casacion en Francia, que la apreciacion del interes que los testigos pueden tener en el juicio, pertenece á las atribuciones soberanas del juez.[1]

No puede ser tampoco mayor de toda excepcion un testigo como D. Pedro Blanco, á quien no se puede atribuir la calidad que exige la fracc. 3ª del art. 563, es á sabér, la de que el declarante por su probidad, por la independencia de su posicion y por sus antecedentes personales tenga completa imparcialidad; pues no es posible reconocer tales circunstancias en un individuo que, de público y notorio, se hallaba en estado de quiebra cuando produjo su testimonio y se encuentra todavía en él, mediante el juicio sobre esa quiebra que está pendiente y se sigue en uno de los juzgados del ramo civil de esta Capital.

Y no pueden ser tampoco mayores de toda excepcion los otros dos testigos, D. Julio y D. Antonio Barrios, respecto de los cuales no consta ni que hayan sido vecinos de esta ciudad cuando declararon, ni que fueran conocidos de la parte contra quien dieron su testimonio. Pues en cuanto á lo primero, sólo expresan los dos

1 Gregorio López, Glosa 1ª á la ley que se cita.—Toullier, obra citada, tom. 1º, página 246, nota al núm. 266.

que son naturales de Zacatecas y la calle donde vivian entónces aquí, pero no manifiestan si estaban domiciliados ó eran únicamente transeuntes en México; y en cuanto á lo segundo, tengo necesidad de repetir aquí, como lo expuse ya al tiempo de mi informe en los estrados de la segunda instancia, que estaba autorizado por D. Miguel Castillo para asegurar que ni los conocia ni los habia visto nunca; debiendo ahora añadir que esto mismo sucede respecto de D. José Mª Flores, y que además tampoco hay constancia alguna en los autos de que dichos testigos fueran conocidos del Juez que intervino en el juicio.

Y sin embargo, una y otra de las dos circunstancias que se han designado, son necesarias para que los testigos puedan hacer fe y merezcan plena confianza. "La cuarta, dice Febrero hablando de esas circunstancias, es que sean vecinos ó residentes en el pueblo y no transeuntes;" y en otra parte: "No hace fe en juicio el que no es conocido del Juez y de la parte contra quien se presenta." "La pregunta sobre la vecindad, dice Caravantes refiriéndose al art. 315 de la ley de Enjuiciamiento Española, que previene se interrogue al testigo sobre su vecindad, tiene por objeto averiguar en caso necesario, el carácter y conducta del testigo, buscarle y castigarle si es perjuro, y otros fines conducentes al colitigante."[1] Lo mismo enseñan Manresa y Reus; y los arts. 527, 528 y 563 prescriben expresamente, en nuestro Código de Procedimientos, que se haga constar en todo caso esa circunstancia respecto de los testigos, señalándola como una de las que deben servir para apreciar el valor de sus testimonios.

Esto en cuanto á las tachas personales que presentan los que constituyen la prueba de la parte contraria. Porque en cuanto á su exámen ó forma de sus declaraciones, es por demás viciosa esa prueba que ha sido rendida sobre la base de preguntas bien irregulares y reprobadas por la ley.

"Las declaraciones sobre preguntas particulares y sugestivas, y no genéricas é indirectas, como deben ser, son sospechosas; porque

1 Febrero, tom. 4º, pág. 134, núm. 33; y pág. 136, núm. 34.—Caravantes, tom. 2º, pág. 231, núm. 959.

así las respuestas se dan por los que tienen interes en sugerirlas y no por los preguntados, que asienten á ellas por no desagradar al que pregunta," dice uno de los autores más prácticos de los que hemos citado.[1] La ley 2ª, tít, 12, Part. 3ª mandaba que las preguntas de los interrogatorios en juicio, se hicieran "en cierto e por pocas palabras, non embolviendo muchas razones en una, de manera que el preguntado las pueda entender, e responder ciertamente á ellas." Lo mismo asientan los ya enunciados comentadores de la ley de Enjuiciamiento Española, observando que las preguntas deben expresarse con claridad, dirigiéndose una sobre cada hecho que se ha de probar, para que no haya ambigüedad ni confusion en las respuestas. Y el art. 509 de nuestro Código de Procedimientos dispone que: "los interrogatorios de preguntas y repreguntas deben ser concebidos en términos claros y precisos, procurando que en una sola no se comprenda más de un hecho, y no hechos ó circunstancias diferentes."

Las preguntas del Sr. Noriega á sus testigos, dirigidas á comprobar la autorizacion general concedida por Flores á Castillo para contratar, y la particular para celebrar el contrato que se versa, son las siguientes:

Segunda de los dos interrogatorios que exhibió: "¿Si saben y les consta que D. Miguel Castillo es dependiente de D. José Mª Flores y lo era en Febrero último?" Pregunta que, como se ve, es esencialmente defectuosa en vista de las doctrinas y preceptos legales anteriores; porque no envuelve la afirmacion precisa, clara y cierta del hecho que se trató de acreditar, esto es, de la primera de las autorizaciones referidas. Decir que una persona es dependiente de otra, no es decir que esté facultada para contratar á nombre de ésta; ni el derecho supone como consecuencia legal y necesaria, que tiene semejante representacion ó facultad aquel á quien se ha conferido en general y simplemente ese carácter.

Tercera de ambos interrogatorios: "¿Si saben y les consta que Castillo celebra contratos sobre venta de frutos de Oacalco, pro-

1 Febrero en la obra citada, pág. 146, núm. 56.

piedad de D. José Mª Flores?" Pregunta del mismo género que la que precede y que envuelve el mismo defecto de falta de certidumbre, claridad y precision para establecer el hecho que se trataba de comprobar; porque aun suponiéndola verdadera, y aun dando por exacto que el Sr. Castillo celebrara algunos contratos sobre venta de dichos frutos, de que los declarantes pudieran tener conocimiento, esto no justifica que estuviera en general autorizado para contratar á nombre del Sr. Flores, ni celebrar todos los que se le ofrecieran.

Cuarta del primer interrogatorio y octava del segundo: "¿Si saben y les consta que D. Miguel Castillo, en representacion de D. José Mª Flores, en fines de Febrero último me vendió, en representacion de D. Remigio Noriega, veinticinco mil arrobas de azúcar de Oacalco en la garita de México, pago al contado, de las clases y precios siguientes, etc.?" Y esta pregunta es tanto ó más viciosa que las anteriores, por sugestiva y complexa.

Complexa, segun la pluralidad de hechos comprendidos en ella: que se celebró la venta que expresa; que fué hecha por las personas que determina en representacion de otras; que tuvo lugar en tal fecha; que la materia sobre que versó fueron veinticinco mil arrobas de azúcar de la hacienda de Oacalco; que el precio se debia computar puesta el azúcar en la garita de México; que su pago debia ser al contado, y que las cuotas fijadas para éste eran las que se especifican segun las diversas clases del efecto vendido. De modo que la pregunta no puede ser ménos en cierto ni envolver mayor número de razones, tal como dicen la ley de Partida y los demás textos citados, que producen la más completa ambigüedad y confusion, y no permiten saber con certeza, si los testigos han tenido la intencion de asegurar la verdad de todos y cada uno de esos hechos, al responder en globo y simultáneamente con una afirmacion simple y general la pregunta que los comprende.

Sugestiva, por la minuciosidad y especificacion con que está redactada, con cuyo arbitrio facilita y anticipa el interrogante á los preguntados la contestacion que han de dar, segun lo observan los referidos textos; y sobre todo, por la manera vaga con que está

propuesto en ella el punto sobre la representacion, que es el de que se trata, enunciado así de paso y como entre paréntesis, para arrancar á los testigos indirectamente la aseveracion sobre ese punto de una manera involuntaria y desapercibida para ellos.

Sexta del primer interrogatorio y novena del segundo: "¿Si saben y les consta que D. Miguel Castillo trataba este asunto con arreglo á las instrucciones del Sr. Flores?" Igualmente ilegal por la vaguedad de sus términos, que no declaran cuáles fueron las instrucciones dadas de que habla, para saber si al contratar se observaron; y en caso de darle una significacion mas explícita, suponiendo que lo que se quiso decir es que Flores habia dado á Castillo instrucciones para que ajustara el contrato bajo las bases que particularizan las preguntas 4ª y 8ª, entónces la presente es todavía más ilegal, por hallarse comprendida en la prohibicion de los arts. 510 y 511 del Código de Procedimientos; de los cuales el primero prescribe que sobre los hechos probados por confesion judicial, no podrá el que los haya confesado rendir prueba de testigos, y el segundo dispone que tampoco podrá producirla el articulante respecto de los hechos que afirmare en las posiciones, en los cuales se le debe tener por confeso conforme al art. 435.

Pues ántes de formular sus interrogatorios el Sr. Noriega, habia articulado posiciones al Sr. Flores, afirmando en la 7ª el hecho de que éste le habia dirigido á la hacienda de San Cárlos la carta que acompañó á su demanda, y en la 9ª el de que á fines de Febrero el mismo Flores puso á Castillo el telegrama que obra en los autos, en cuyos documentos consta que el primero de éstos pretendia mayores precios por el azúcar que los que se suponen en aquellas preguntas, y dió instrucciones al segundo para que no admitiera otros; hechos confesados por lo mismo por dicho Sr. Noriega, contra los cuales no ha podido rendir prueba de testigos, formulando las preguntas 6ª y 9ª, para acreditar que tales instrucciones habian sido diferentes de las que aparece por su confesion que dió el interesado.

Sétima del segundo interrogatorio: "Si es cierto y le consta que hablando D. Remigio Noriega con D. José María Flores (en Oa-

calco), delante del testigo sobre precios del azúcar, manifestó el segundo al primero que podia tratar de este asunto en México con el Sr. Castillo, que era el encargado de la venta y quien tenia su autorizacion é instrucciones al efecto." Última relativa al punto que nos ocupa de esa autorizacion, y que si se ha de entender en el mismo sentido que la anterior, dirigida á buscar la comprobacion por testigos del hecho de haber tenido Castillo facultad ó instrucciones para contratar con las calidades que se supone que lo hizo, es de todo punto contraria, como acaba de verse, al precepto expreso de la ley.

Por lo que toca ahora al contexto mismo de las deposiciones de los testigos, ó sea al tenor de las respuestas emitidas por ellos sobre las preguntas ántes enumeradas, ya se puede comprender que encierran todos los defectos y vicios correlativos á los que ofrecen estas últimas; y á reserva de anotar, como lo seguirémos haciendo en adelante, segun vaya siendo oportuno, los demás de otra especie que tienen en abundancia sobrada para considerarlas bien poco dignas de fe, debemos creernos por ahora suficientemente autorizados para deducir de lo dicho: que la prueba testimonial de la parte contraria carece de la primera de las condiciones que para ella requiere el art. 562 de nuestro Código de Procedimientos, porque los testigos que la forman no han sido por cierto mayores de toda excepcion, ni en cuanto á sus personas, ni en cuanto á su exámen, ni en cuanto al fondo mismo de sus declaraciones; y que, en consecuencia, esto sólo bastaria para legitimar el juicio formado por la Sala sentenciadora cuando la ha desechado, conforme al art. 568 de dicho Código, que declara sin valor legal ninguno, las pruebas rendidas con infraccion de lo dispuesto en sus demás preceptos concernientes á este punto.

La segunda de aquellas condiciones es *que los testigos sean uniformes*, esto es, que convengan, no sólo en la sustancia, sino en los accidentes del acto que refieren, ó aun cuando no convengan en éstos, si no modifican la esencia del hecho. Y á este respecto aparece de los autos que, sobre las preguntas 2ª, 3ª y 4ª del primer interrogatorio, iguales á la 2ª, 3ª y 8ª del segundo, declaran de

conformidad expresando ser cierto su contenido, los cinco testigos del Sr. Noriega; sobre la 6ª del primero, 9ª del segundo, depusieron afirmándola igualmente como cierta, tres de esos testigos, D. Miguel Guinchar, D. Julio y D. Antonio Barrios, por haber manifestado los otros dos que no les constaba; y sobre la 7ª del segundo interrogatorio, dirigida únicamente á D. Manuel Gallegos, aseveró sólo éste que era verdadera.

Pero ni aun esa concordancia ó uniformidad, que únicamente determina la fe que los testigos merecen, cuando concurren en ellos las demás calidades que deben tener conforme á derecho para establecer su veracidad y producir la conviccion en el ánimo, abona en el caso la prueba testimonial del Sr. Noriega; porque la consonancia que presentan aquí aquellas declaraciones, no es la uniformidad concienzuda, independiente y sincera que requieren la prudencia y la ley para poder descansar en la confianza de los testimonios, sino una uniformidad sospechosa, de compromiso y condescendencia, que se revela por el tenor de las respuestas de los testigos, emitidas secamente, como de concierto y de una manera preconcebida, por medio de una frase de simple fórmula y de estampilla.

"¿Qué confianza puede merecer un testigo (dice uno de los escritores filósofos que frecuentemente hemos estado citando), que afirma secamente el hecho aislado de sus circunstancias, aunque no sea sino las más principales? La demasiada sequedad en sus deposiciones induce naturalmente á pensar, ó que no ha fijado bastantemente su atencion, ó que carece de memoria, ó que se propone callar algunas circunstancias importantes."

"La certidumbre se aumenta con el número de testigos, cuando se ve que no han podido concertarse y que sus declaraciones no son una leccion preparada que repiten como papagayos."

"Los testigos cuyas deposiciones están calcadas las unas sobre las otras, destruyen la confianza en lugar de inspirarla: *Utrum unum eumdem que sermonem meditatum attulerint,*" como lo inculcaba una ley romana á que se refiere aquel escritor.[1]

1 Toullier. Obra citada, en el mismo lugar, pág. 242, núm. 257, pág. 301, núm. 317, y pág. 321, núm. 334.

De modo que no por aparecer contestes, merecen mayor fe los expresados testigos que han estado de acuerdo en las preguntas arriba especificadas. Y por lo que toca á la declaracion que el testigo Gallegos rindió exclusivamente sobre la suya, siendo, como es, singular, es inútil añadir nada respecto de ella, supuestos los preceptos y doctrinas legales que consideran esta clase de declaraciones como bien poco dignas de fe para poderlas tener como prueba. De consiguiente, y de todas maneras, resulta que la testimonial producida por la otra parte en el juicio, no llena la segunda de las condiciones exigidas por el art. 562 del Código de Procedimientos.

La tercera es: que los testigos *declaren de ciencia cierta*, esto es, que hayan oído pronunciar las palabras, presenciando el acto, ó visto el hecho material sobre que deponen. Y tampoco concurre esa condicion en los de este juicio.

Los que atribuyen á D. Miguel Castillo, contestando la respectiva pregunta, el carácter de dependiente, se podrán considerar como presenciales de este hecho, hasta cierto punto, haciéndonos así mucha fuerza y violencia en el raciocinio, porque hayan visto tal vez á aquel, aunque no lo expresan, desempeñar algun servicio de tal dependiente en la casa del Sr. Flores. Pero como la existencia de esa calidad en el mismo Castillo nada prueba directamente respecto del hecho que se trataba de acreditar, que era el de su autorizacion para celebrar contratos; si lo que se supone es que los testigos, al afirmar que era dependiente, afirmaron ó quisieron afirmar tambien con esto de un modo implícito, que tenia tal autorizacion; respecto de este punto no han sido ni se pueden tener como presenciales, y sus declaraciones no pasan de presuntivas, porque envuelven la simple induccion de que un dependiente, sólo porque lo es, está facultado para contratar á nombre de su principal. Y bajo este concepto carecen de todo valor.

El art. 563 de dicho Código, en su frac. 4ª, exige para que lo tengan, que el hecho de que se trata sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones. Y los autores, fundando y explicando la racionalidad de semejante precepto, dicen: que es necesario

que los testigos depongan de positivo y de ciencia cierta, no de parecer ó de creencia, lo que percibieron por los sentidos; pues esta deposicion, como que dimana de conjeturas y nada afirma, sólo induce una presuncion, y por lo mismo no puede hacer fe.[1]

Otro tanto debe decirse de los que declararon en el caso, sobre la pregunta en que se les interrogó si el referido D. Miguel Castillo celebraba contratos de venta de frutos de la hacienda de Oacalco. Por mucho que se les quiera tener como presenciales, porque hayan podido estar presentes á la celebracion de alguno ó algunos de esos convenios; como este hecho no justifica por sí mismo que tuviera autorizacion general del Sr. Flores para contratar, es necesario suponer, como en el caso anterior, que los testigos con solo asegurar la verdad de los contratos que vieron celebrar, aseguraron tambien que aquel estaba facultado, en consecuencia, para ajustar siempre los que ocurrieran. Y en este segundo punto, no son ni pueden ser testigos de vista ó de ciencia cierta, sino que sus declaraciones son de pura induccion y credulidad; induccion que nada tiene por cierto de legítima, porque de casos determinados no se puede sacar una consecuencia general y absoluta: de proposiciones particulares no se puede inferir una universal, decian los lógicos escolásticos; máxima que todavía hoy es exacta, porque no han cambiado las leyes del raciocinio y de la naturaleza de las cosas.

Así es, que son aplicables á aquellos testigos las doctrinas que se asientan sobre este particular: "No es lo que cree, sino lo que sabe y lo que sabe de ciencia cierta, lo que se pregunta á un testigo y lo que se espera saber de él: "*Testes debent deponere, sic esse, vel non esse; non autem, se credere aut non credere.*" Se debe distinguir cuidadosamente entre los hechos que un testigo ha visto, y las consecuencias que saca de ellos; porque pueden ser verdaderos los hechos, y falso el juicio que forma sobre las causas y sus consecuencias. Puede haber visto bien y razonar mal, y por eso es preciso distinguir entre lo que los sentidos pueden demostrar y lo que la sana razon puede inferir." [2]

1 Febrero, lugar citado, pág. 133, núm. 33.
2 Toullier, págs. 243 y 244, núms. 259 y 261.

En lo relativo á la pregunta 4ª, no es ménos exacto que los repetidos testigos tampoco se pueden calificar de presenciales, ni han declarado de ciencia cierta, cuando la contestaron afirmando (en el caso de que obraran sobre esto de una manera intencional y reflexiva), que Castillo hizo la venta á que ella se refiere en representacion de D. José María Flores; porque no estando presente en ese acto el Sr. Flores para que los testigos vieran que éste habia conferido esa representacion, ni habiendo expresado ellos en su declaracion que lo hayan visto conferírsela en otro lugar ó de otro modo, solo se puede suponer que supieron que Castillo la tenia, porque éste así lo dijo, y manifestó que obraba en virtud de ella en el mismo acto.

Pero entónces, los declarantes no conocieron el hecho por sí mismos; no oyeron directamente del interesado la expresion de su voluntad, facultando á la persona que se dice haber contratado en su nombre para que lo representara en dicha venta, como lo exigen la fraccion 3ª del art. 562 y la 4ª del 563 anteriormente citados, para que los testigos sean presenciales; sino que supieron aquel hecho con referencia á otra persona; han sido testigo rigurosamente de oídas al tenor de lo que expresa este último artículo. Y entónces, ya se considere á D. Miguel Castillo como extraño y desinteresado en este juicio, ya se le tenga como parte, segun tan infundadamente lo ha pretendido alguna vez el recurrente en su escrito de casacion, siempre los testimonios producidos en el punto de que se trata carecen de todo mérito y de toda importancia probatoria, porque en el primer caso están comprendidos en las disposiciones de aquellos artículos que desechan los testimonios de oídas; y en el segundo, dándoles demasiado valor, apénas se podrian reputar como constancia de una confesion extrajudicial, que conforme al artículo 550 no se debe tener en consideracion como prueba.

Ménos se pueden tener todavía esos testimonios como de ciencia cierta ó conocimiento propio, en lo concerniente al hecho de que D. Miguel Castillo trataba el asunto de la venta con arreglo á las instrucciones del Sr. Flores, con cuya afirmacion se supone que el primero tenia anticipadamente estas instrucciones y que los testi-

gos así lo sabian. Porque si tal ciencia no la adquirieron del mismo modo que la del hecho anterior, es decir, por el propio Castillo, en cuyo caso les son nuevamente aplicables las observaciones que acabamos de hacer; ellos tampoco expresan si vieron ú oyeron que el interesado diera esas instrucciones, ó cómo tuvieron conocimiento de los términos en que fueron comunicadas, como era necesario para que merecieran fe como presenciales: "Debe atenderse tambien al contenido de la declaracion, dice uno de los autores que ántes hemos citado, para fijar el grado de credibilidad de la misma; el testigo ha de fundar el conocimiento de los hechos y demostrar su presencia en el lugar del suceso, para que merezca fe." [1]

Mas esto nos conduce ya á hablar *de la razon* en que los testigos contrarios han fundado su dicho, de que nos vamos inmediatamente á ocupar, no sin hacer ántes una observacion importante; y es la de que el testigo Gallegos, ni siquiera ha podido declarar como testigo presencial sobre el punto de la representacion con que se dice haber obrado Castillo y D. Íñigo Noriega en el acto de la venta que expresa la referida pregunta 4ª, sin aparecer con la nota de falso; porque el hecho á que se refiere esa pregunta se supone ocurrido en fines de Febrero de 1882 (el 27 del mismo segun la version de la parte contraria), fecha en que Gallegos estaba ausente de México y andaba con D. Remigio Noriega por las haciendas de Oacalco y San Cárlos, segun está acreditado en los autos.

Otra observacion importante es que la deposicion de ese mismo testigo, sobre la pregunta 7ª de su interrogatario, acerca de la manifestacion que asegura haber hecho en su presencia Flores al propio D. Remigio en dicha hacienda de Oacalco, expresándole que podia tratar con Castillo en México, porque él tenia su autorizacion é instrucciones al efecto; fuera de ser singular y única como ya se ha indicado, no importa tambien más que testimonio de confesion extrajudicial, insuficiente para hacer fe conforme á los preceptos legales igualmente citados, y es contraria á la confesion judicial expresa del actor sobre el telegrama y carta ántes referidos,

1 Caravantes. Tom. 2º de su obra, pág. 256, núm. 1023.

sobre cuyo contenido no ha debido admitirse, como prohibida por la ley, y es, de consiguiente, inepta para constituir prueba atendible.

La razon en que deben fundar los testigos su dicho, es la 4ª y última condicion exigida por el art. 562, de que nos resta ahora hablar; y en este punto el juicio formado por la Sala es perfectamente exacto é incontrovertible, cuando asienta que ninguno de aquellos en el caso, ha dado razon fundada ni no fundada de su dicho, así en cuanto á la autorizacion general para contratar recibida por Castillo de Flores, como en cuanto á la especial para el contrato de que se trata; porque respecto de la una, ninguno de ellos depone sobre actos conocidos por los mismos ó sobre pluralidad de contratos que hubieran visto ó presenciado celebrar al primero en representacion del segundo con autorizacion de éste, por órden ó facultades que le hubiera concedido; ni expresan cómo, cuándo y en qué términos se otorgaron esas facultades y la causa porque presenciaron tal concesion ó autorizacion; y respecto de la otra, tampoco expresan cómo, cuándo y en qué terminos facultó Flores á Castillo para que celebrara el contrato, revelándose de una manera notoria que no vieron ni presenciaron acto ninguno que implicara la propia autorizacion.

Y si es cierto que las declaraciones de los testigos no contienen sobre esos puntos la menor advertencia ó explicacion, como lo reconoce en su escrito la parte contraria, pretendiendo solo que aquellos no necesitaban legalmente hacerla para ser creídos, es claro que la Sala ha tenido plena y fundada justicia para decidir que los testimonios que se han producido, no solo no están autorizados con razon suficiente para descansar en ellos, sino que ninguna absolutamente se produjo, ninguna que pudiera hacerlos dignos de crédito.

Porque las circunstaucias esas que enumera la Sala, y que sirven para juzgar sobre el conocimiento que los testigos han podido tener de los hechos, sobre su veracidad y sobre la intencion que los anima al referirlos, es lo que se considera en derecho como razon suficiente de su dicho, conforme á lo que enseñan todos los intérpretes. "En el exámen de tesigos, dice Febrero, se han de ob-

servar varias circunstancias interrogándolos sobre los puntos siguientes: si oyeron á los litigantes ó á otro lo que deponen, cuándo, en qué paraje y cómo se llama el que lo dijo; ó si lo vieron, en qué dia y lugar sucedió, á qué hora y quiénes estaban presentes; si conocen á los colitigantes, desde cuándo, con qué motivo, por qué saben lo que declaran; cuál fué la causa del hecho litigioso y de moverse el pleito, si lo tienen por cierto, en qué fundan esta certidumbre, ó si lo creen y por qué, de suerte que den razon de su dicho, pues no dándola no sirven."[1]

Caravantes dice tambien: "Han de tener los testigos conocimiento de lo que manifiestan, debiendo mostrar la causa ó razon por qué saben lo que declaran, si es por haberlo visto ú oído, cuándo, á quién y en dónde, ó como expresa la ley 26, tít. 16, Part. 3ª., si lo saben por vista, por oído ó por creencia, para que el Juez pueda apreciar la fuerza probatoria de su declaracion, pues ésta tendrá mayor ó menor eficacia segun el extremo á que se refiere el testigo." Y en otra parte: "el Juez en el exámen de los testigos debe, por medios razonables y observando la imparcialidad correspondiente, procurar que digan la verdad de lo que sepan, preguntándoles con este objeto sobre las circunstancias que juzgase necesarias, para que resulte la razon de su dicho y claridad en sus deposiciones, como por ejemplo, el dia, hora y lugar en que sucedió lo que dicen, las personas que se hallaban presentes, etc."[2]

Por donde se ve que no es cierto, como asienta la parte contraria, que la Sala aumentó los requisitos que exige el art. 562, para que hagan fe los testigos, con infraccion de ese artículo, queriendo que no solamente declarasen los presentados por ella, que existia la autorizacion, segun lo hicieron de una manera precisa (cosa que tampoco es exacta); sino que además dijeran cuándo, cómo y en qué términos se habia otorgado, cuyas circunstancias, se dice, que podian haber sido materia de repreguntas, sobre las cuales no ha habido motivo para que declararan los testigos, porque no se hicieron por parte de Flores.

1 Tom. 4º., pág. 144, núm. 54.
2 Tom. 2º., pág. 223, núm. 944; y pág. 239, núm. 976.

Nada de eso tiene el menor fundamento, ni merece la menor atencion, pues las anteriores doctrinas y el simple buen sentido demuestran, que la afirmacion sola que hace un testigo del hecho, como lo es en el caso la de haber declarado que existia aquella autorizacion, no es ni puede ser la razon de su dicho, porque la una debe ser diversa de la otra: "*Et adde, quod non esset bona ratio, si ratio idem contineret quod dictum,*" como advierte Gregorio López en la glosa á la ley arriba citada. Y el cuándo, cómo y en qué términos se ha verificado el hecho declarado por un testigo, que parece al Sr. Lic. Icaza tan amplia y abundante explicacion de su ciencia, no es apénas sino la más lacónica y ménos explícita razon que se le debe exigir de su dicho, de la cual depende todo el valor y la fuerza de su testimonio: *Tota enim probationis virtus stat in ratione, quam dat testis.*"

Ella, y las circunstancias ó datos que la constituyen, podrán ser y son en efecto frecuentemente objeto tambien de las repreguntas que se hacen á los testigos, por la importancia natural que tienen esas circunstancias para poner á prueba su fidelidad y descubrir tal vez la malicia con que se expresan, y por el descuido y ligereza que suele tenerse en examinarlos sobre ellas, no obstante el carácter de necesidad esencial que la ley atribuye á este requisito, previniendo que se observe estrictamente por el juez, aun de oficio, en las declaraciones testimoniales. Pero eso no impide que dichos testigos estén, *ipso jure*, obligados hasta de propia voluntad sin que intervenga interpelacion, y mucho más cuando se les pregunta, á justificar su testimonio con los informes que les deben servir de razon y de fundamento, al tenor de lo que ha juzgado la Sala; so pena de que se les deniegue todo crédito y se desechen como ineptos para constituir una prueba legítima, segun fué decidido con el mejor acierto y la más plena justicia en la sentencia que se pretende impugnar.

Concluyamos, pues, con que sólo haciendo supuesto falso sobre los méritos que ofrecen los autos (en cuyo caso no procede nunca el recurso interpuesto), es como ha podido imputarse á la Sala la infraccion de los artículos que se citan, con referencia al juicio for-

mado por ella en el punto sobre que versa el Considerando en cuestion; una vez que, ya se atienda al derecho de apreciacion que legalmente tienen los Tribunales para calificar la prueba de que se trata, ya á la manera con que aquí se hizo uso de ese derecho, estimándola de hecho con tanta exactitud como racionalidad y justicia, resulta que no sólo no se han infringido, sino que se han aplicado de la manera más concienzuda aquellos artículos.[1] Y en esta virtud pasemos á examinar los puntos de controversia que ofrece el Considerando 5º, inmediato en número al anterior, en la enumeracion que hemos hecho de los relativos á la materia sobre que versa la parte de que ahora tratamos en el presente informe.

II

En ese Considerando la Sala se ocupa de la otra prueba aducida de contrario para justificar la repetida autorizacion del Sr. Flores en favor de Castillo, que consiste en la confesion ficta, por haber sido Flores declarado confeso respecto de las posiciones que se le articularon. Y á efecto de demostrar que estas posiciones no hacen prueba por la sola circunstancia de haberse pronunciado semejante declaracion, la misma Sala comienza por decir: que la confesion ficta jamás puede tener más fuerza que la confesion expresa; y que si tratándose de la segunda, á pesar de la calificacion provisional de las posiciones hecha por el juez, como la debe hacer sin recurso alguno conforme á la ley, y de las explícitas y claras confesiones del absolvente, el mismo juez tiene al dictar su fallo jurisdiccion y facultades expresas para calificar la legalidad de las preguntas bajo todos sus aspectos, y por tanto, el valor jurídico de esas confesiones, como tambien lo previene la ley: con mayoría de

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 552, 877, 880, 892; Apénd. 1º, pág. 35; id. 2º, págs. 115, 158; 3º, págs. 40 y 41.—Véase tambien en la obra principal, págs. 550, 858, 862, 864, 865 y 879.

razon, y aun en ausencia de disposicion expresa, tendrá el juez esas facultades tratándose de confesion ficta, á pesar de la ejecutoria que confirma la declaracion de confeso en rebeldía, que no impide el ejercicio de ellas con arreglo igualmente á la prescripcion de la ley.

Este razonamiento sin duda es irreprochable, puesto que el raciocinio que se apoya en mayoría de razon es perfectamente válido en derecho: "*Argumentum á majoritate, vel paritate rationis validum est.*" 1 Y la Sala, para fundar sus premisas, observa: que la primera, esto es, la de que la confesion ficta no puede tener más fuerza que la expresa, está demostrada por el sentido comun y por el tenor de los artículos 599, 714 y 716 del Código antiguo de Procedimientos; porque segun los dos primeros, la confesion expresa no admite prueba en contrario, como la admite la ficta, segun el tercero. Pero el recurrente se encara de nuevo contra la Sala y le reprocha que con lo expuesto infringe los mismos artículos que cita; porque el 599 no habla de la confesion expresa, sino de la que importa para el declarante la posicion que articula, y porque en ese caso no excluye toda clase de prueba sino solo la testimonial; porque el 714 no habla del caso á que se le quiere aplicar, y porque el 716 se refiere á la confesion presunta.

Véamos, pues, si en todo esto hay siquiera alguna apariencia de razon. En primer lugar, el art. 674, que la Sala no citó, comprueba directa y terminantemente la asercion de ésta, porque dispone que sobre los hechos probados por confesion judicial, no podrá el confesante rendir prueba de testigos; y esta prohibicion se refiere de consiguiente á la confesion expresa. En segundo lugar, el art. 599 y el 675 equiparan completamente la confesion que hace el articulante de los hechos que afirma en las posiciones, á la que hace el absolvente cuando las contesta, y considera la una y la otra sin diferencia alguna como confesion expresa, segun lo declara de una manera explícita la exposicion de motivos del referido Código: "El litigante que articula posiciones, confiesa los hechos á que éstas se refieren, como lo indica la fórmula con que se conciben: *diga*

1 Riccio. Collect. 2802, part, 7ª

si es cierto como lo es. En consecuencia, debe tenerse por confeso en los hechos que asevera, para el efecto de que esos hechos se tengan como ciertos." Teoría enteramente conforme con los principios siempre reconocidos del derecho: "*Positiones non possunt emendari, mutari, vel revocari, quia qui ponit fateri videtur; propria vero confessio revocari non potest, nec mutari, vel emendari.*" [1]

Además, aunque todos esos artículos no excluyen, como inadmisible contra la confesion expresa, mas que la prueba testimonial, no es porque una prueba tan plena como es esta se pueda desvirtuar con ninguna otra clase de prueba, sino por dejar á salvo la justificacion del error que se puede haber padecido al prestarla, y que sólo se puede acreditar con otras pruebas diversas de la de testigos y manifiestamente fehacientes. Y así lo explican los juristas: "*Contra confessionem non admititur probatio in contrarium, nisi manifestissime de errore doceatur: Cum certissimum sid in jure conffesionem, et máxime judicialem in articulis prolatam superare omne probationis genus; ubi est confessio, ibi est relaxatio omnis probationis; estque major quocumque público instrumento, et quibuscumque depositionibus textium.*" [2] Sobre todo, basta que dichos artículos excluyan contra la confesion expresa la prueba de testigos, que es admisible contra la ficta, para que sea cierto que la primera tiene más fuerza que la segunda, que es la proposicion de la Sala.

El art. 714 dispone que, cuando la confesion judicial haga prueba plena y afecte á toda la demanda, cesará el juicio ordinario si el actor lo pidiere así, y se procederá conforme á lo dispuesto en el tít. 9º, que trata del juicio ejecutivo; es decir, que ese artículo da á la confesion expresa el carácter de título ejecutivo, contra el cual no es admisible ninguna prueba en contrario ni excepcion alguna por buena que sea, al ménos para el efecto de impedir el embargo y embarazar el juicio hasta que se pronuncia sentencia; segun lo en-

1 Exposicion de motivos del Cód. de Procs. civiles, pág. 92.—Begnudellii. Bibliotheca de Jurisp., verb. Positiones, § 3º, núm. 7.

2 Salgado. Labyrint., part. 3ª, cap. 11, núm. 31.—Gutierrez. Practicar, quæst. 100, Lib. 1º, núm. 6.—Pareja. De Univers. Instrum. Edit., tít. 9, resolut. 2, núm. 16.

señaban ya los autores, asentando que la confesion judicial era de tanta eficacia, que tenia fuerza de cosa juzgada y traía aparejada ejecucion, dando desde luego lugar al mandamiento de pago.[1] Luego ese artículo es aplicable al caso, en el sentido en que lo aplica la Sala, y es bastante tambien para demostrar su proposicion, en el hecho de que atribuye á la confesion expresa una fuerza y un valor que no tiene la ficta, puesto que ésta nunca da mérito para proceder en juicio ejecutivo.

El art. 716, precisamente porque se refiere á la confesion ficta ó presunta, confirma esa misma proposicion; porque permite rendir prueba en contrario contra la declaracion de confeso, cuya prueba no es admisible contra la confesion expresa segun los otros artículos, que es lo que dice la Sala. Luego el concepto emitido por la parte contraria, suponiendo que se han violado todos esos artículos, no sólo es infundado é inexacto, sino hasta caviloso y pueril.

Para demostrar la segunda de sus premisas, la Sala cita los artículos 576 y 590 del repetido Código antiguo de Procedimientos, que previenen lo que ella asienta, esto es: que el juez, al ir á articular posiciones, si se objeta su ilegalidad por razon de los defectos que expresa el primero de esos artículos, debe calificarlas provisionalmente sin recurso alguno; y cita tambien los arts. 520 y 712 que, como igualmente lo asienta la Sala, autorizan al propio juez para que á pesar de esa calificacion provisional pueda calificar, despues, en la sentencia definitiva, la legalidad de las preguntas que se han hecho, y de consiguiente el valor jurídico de las confesiones que envuelven.

Pero por el recurrente se objeta que lo que el juez puede hacer conforme al art. 520, es la calificacion de la influencia que determinados hechos pueden tener sobre la decision del punto que se debate, al pronunciar la definitiva; mas sin que le sea permitido poner en duda la verdad de esos hechos que se consideran ya probados, segun otras disposiciones de la ley; ó en otros términos, y traduciendo con claridad esa idea, que el juez sólo puede calificar

1 Azevedo. Ad leg. Rec., Lib. 4º, tít. 21, leg. 5ª.—Gutierrez. Pract., quest. 126, lib. 1º

en la sentencia, si las pruebas son pertinentes ó útiles para establecer el hecho que se trata de probar, no si son legítimas y tienen el valor que les corresponde en sí mismas. De manera que la Sala ha violado aquel artículo al darle una interpretacion distinta, y ha violado tambien la primera parte del art. 712 que, refiriéndose en particular á la confesion expresa, le da el carácter de prueba plena una vez que ha sido otorgada.

Agrega además: que segun este artículo, el Juez, al apreciar las pruebas en su fallo, debe en hora buena examinar las cuatro circunstancias que expresa su segunda parte; pero respecto de la 4ª, sólo puede ver si la confesion se ha producido conforme á las prescripciones del capítulo 6º del mismo título á que corresponde el artículo, es decir, si se han observado ó no las fórmulas y condiciones en él establecidas, mas no la justicia ó injusticia de las declaraciones judiciales ya hechas sobre la confesion. Y al darle por tánto la Sala otra interpretacion á ese artículo, lo ha infringido de nuevo.

Todas estas, si me es lícito decirlo, no son más que sutilezas para producir confusion. Los principios asentados por la cuarta Sala son perfectamente ciertos en derecho, y no admiten impugnacion. Los Jueces, sin género alguno de duda, están autorizados para calificar la pertinencia ó impertinencia de las pruebas y su legalidad ó ilegalidad, especialmente la de confesion y la de testigos, primero en el curso del juicio provisionalmente cuando los litigantes las proponen, y despues definitivamente cuando pronuncian sentencia. Esto se encuentra demostrado á cada paso, por todas partes, en las disposiciones del Código de Procedimientos.

Lo está en los arts. 524, 525 y 537, que permiten en general al Juez conceder ó negar la prueba, y en particular alguna de las diligencias que con tal carácter se le promuevan, segun que procedan ó no procedan, durante el término probatorio. Y lo está en los arts. 520 y 796, que lo facultan para hacer la calificacion de las mismas pruebas al tiempo de fallar; imponiéndole hasta el deber de estimar su valor y fijar los principios en que descanse, para admitir ó desechar las que la ley sujeta á su apreciacion.

Lo está tambien en el art. 671, que manda á los Jueces examinar primero los interrogatorios de testigos, ántes de recibir sus declaraciones, para ver si son procedentes y legales, conforme á los arts. 518 y 673 á que se refiere; y en los arts. 732 y siguientes, que fijan las reglas que el Juez debe tener presentes despues para valorizar la prueba de testigos, cuando pronuncia sentencia definitiva.

Y lo está, por último, en los arts. 578, 584 y 712, en los que se previene á los mismos Jueces que, ántes de proceder al interrogatorio de posiciones, las califiquen respecto de los requisitos que deben tener segun los otros artículos que en los dos primeros se citan, para ser tanto procedentes como legítimas; y se reconoce á aquellos el derecho posterior de apreciar el valor de la confesion que se haya prestado sobre las mismas posiciones, de una manera expresa, y se les prescriben tambien las reglas que deben tener en cuenta, tales como están enumeradas en el tercero de dichos artículos, á efecto de graduar cuándo tiene fuerza esa prueba en la decision final del litigio.

Así es, que la interpretacion de la Sala sobre el art. 520, es idónea tanto como notoriamente recta; porque la autoridad del Juez es completa para calificar en definitiva la legalidad de la confesion expresa y su valor jurídico bajo todos aspectos, como el de cualquiera otra prueba; y no se limita á descubrir sólo la influencia que tales ó cuales hechos puedan tener sobre la decision del asunto, sin que pueda desconocer la verdad de esos hechos porque haya recaído sobre ellos alguna calificacion transitoria anterior, como se pretende sostener de contrario; pues toda calificacion interina en el juicio sobre la materia de prueba, es á reserva é independiente de la que despues debe recaer sobre esa materia en el fallo.

Y es no ménos recta que idónea la interpretacion que ha hecho la misma Sala del art. 712, cuya primera parte no se puede aplicar aisladamente sino en conjunto con la segunda, y de consiguiente aceptando el principio que establece en la una de que la confesion judicial hace plena prueba sólo cuando concurren las circunstancias que enumera en la otra, entre las cuales se exige el requi-

sito de que la confesion se haya hecho conforme á las prescripciones del capítulo 6º que expresa. Y esto no quiere decir, como el articulante pretende, que sólo tiene que verse si se han observado las fórmulas con que debe recibirse la confesion; sino tambien si ella ó las posiciones que le han servido de base tienen las calidades necesarias que se especifican en el mismo capítulo, para que esta prueba sea legítima y válida. Calificacion que el Juez está autorizado para hacer en la definitiva, y que importa sin duda la facultad de rectificar la justicia de las declaraciones judiciales anteriores que se hayan podido hacer interlocutoriamente sobre este punto; no sólo porque así lo supone el referido artículo, al inculcar al Juez las calidades que ha de tener la confesion despues que se ha producido, y en consecuencia para que las tenga presentes al tiempo de fallar el negocio, sino porque así lo demuestran todos los demás artículos de que se ha hecho mérito arriba.

Necesario es, por tanto, que la consecuencia que deduce la Sala de dichas premisas, sea enteramente cierta y exacta; porque la conclusion que resulta de dos proposiciones verdaderas, tiene que ser verdadera, si la argumentacion no es viciosa. Pero para más corroborar esa consecuencia, añade todavía aquella: que el Juez tiene en la confesion ficta las mismas facultades que tiene en la expresa al pronunciar sentencia, de calificar la legalidad y el valor jurídico de ella á pesar de la ejecutoria que confirmó la declaracion de confeso en rebeldía; porque esa ejecutoria sólo es la cosa juzgada respecto de lo que se debatió y pudo debatirse, que fué la rebeldía del absolvente para presentarse á contestar las posiciones, cuya calificacion queda reservada para la definitiva, segun el expresado art. 520, y el 715 del Código de 1880 que, partiendo del supuesto de estar ejecutoriado el auto sobre declaracion de confeso, exigen, además, para que haga prueba plena esa declaracion, que ella sea legal y que los hechos sobre que versaron las posiciones sean propios del absolvente y concernientes al pleito.

Y tan luminosas observaciones no admiten réplica. La Sala, al enunciar que la declaracion de confeso no es ejecutoria más que sobre lo que se debatió, que es la rebeldía del absolvente y no la

legalidad intrínseca de las posiciones cuya calificacion pertenece á la sentencia definitiva, no ha hecho más que seguir, como siempre, los buenos principios jurídicos y repetir las sábias lecciones de los intérpretes: "*Hoc tamen* (dice Gutierrez) *verum est, non admitti super eo quod sit fictio, unde si vellet probare se non esse confessum, eo casu quo agitur fuisse confessum, non posset, si vero velit probare contentum in illa ficta confessione non esse verum, potest, quia hoc non repugnat fictioni.*"[1]

En cuanto al art. 715, es de palpitante evidencia que, sin reconocer carácter ejecutorio ninguno á la declaracion de confeso, exige que esta declaracion se examine por el Juez en la definitiva, por lo que toca á su legalidad y requisitos con que debió hacerse, para que surta los efectos que se le atribuyen de prueba; porque despues de hecha, *ex post facto*, es cuando quiere que se tengan presentes los requisitos que debieron intervenir en ella, para calificar su valor. Y si se quisiera demostracion más completa sobre esto, bastaria leer el artículo del nuevo Código de Procedimientos, concordante del 715 citado, que es el 548, cuya forma de redaccion revela más claramente el espíritu que se viene fundando; pues dice: que "para que se consideren plenamente probados, no los hechos sobre que ha sido declarado confeso un litigante, sino los hechos sobre que versen las posiciones que judicialmente han sido dadas por absueltas en sentido afirmativo, se requiere, etc." Dando así á entender que no hay realmente declaracion de confeso, no hay propiamente hablando confesion, sino sólo posiciones dadas por absueltas afirmativamente, hasta que de propósito y con todo conocimiento de causa se vea al pronunciar sentencia, si la declaracion ha sido legal y tiene las condiciones necesarias.

A este respecto, insta aún con nuevas objeciones la parte del Sr. Noriega, agregando: que la sentencia reconoce que está ejecutoriado el auto en que se declaró confeso al Sr. Flores, y que no obstante establece que puede examinarse la legalidad de esa declaracion, como en efecto la examina, revocando así, de un modo

1 Pract., quæst. 49, núm. 6, Lib. 1º

absoluto, el mismo auto, con lo cual viola el art. 825 del Código de Procedimientos de 80, y el 621 del nuevo.

Contra semejante objecion hay mucho que contestar, y me limitaré á lo más importante.

La sentencia no reconoce que esté ejecutoriado dicho auto más que en el sentido que expresa, que no es respecto á la legalidad de la declaracion que contiene; y bajo este respecto es como establece que se puede examinar, y lo ha examinado. Además, el art. 825 y siguientes del Código de Procedimientos antiguo sólo suponen la existencia de la cosa juzgada en las sentencias; y esta denominacion no corresponde verdaderamente y con toda exactitud más que á las definitivas, que son las que se llaman así en los arts. 106 y 66 respectivamente de ambos Códigos. De consiguiente, no ha habido aquí inconsecuencia alguna de la Sala sentenciadora en reputar ejecutoriado un auto que en su concepto no lo está por lo que toca al punto en cuestion. Tampoco ha habido aquí, legalmente hablando, cosa juzgada que la Sala haya revocado, segun la naturaleza de la providencia que se versa. Y en tal virtud, no hay el menor motivo ni aun pretexto para suponer que se ha obrado contra los predichos arts. 825 y 621, infringiéndolos.

Todas estas suposiciones no tienden más que á ofuscar los ánimos de los Sres. Magistrados de este ilustrado Tribunal, que buenas pruebas tienen dadas de su distinguida aptitud para el honorable cargo que tan dignamente desempeñan, y son obra de la libertad que se cree tener en el estado de nuestra legislacion para discurrir sobre las materias del derecho de una manera arbitraria y anómala.

Uno de los jurisconsultos modernos más pensadores, el eminente Savigny, ha dicho que las naciones que se dan Códigos están en gran peligro de perder la jurisprudencia, y esto no es desconocer la manifiesta conveniencia y utilidad que hay en metodizar y simplificar la legislacion; indica sólo el espíritu, digamos así, de novelería, de ligereza y de irreflexion que se cria de pronto y al principio con la promulgacion de Códigos nuevos, y la tendencia que surge de ver una novedad hasta entónces desconocida

en todas las disposiciones que ellos contienen, mediante la cual se quieren aplicar sus preceptos de una manera inconsciente, con un criterio vulgar ó empírico, y sin relacion ninguna á los precedentes de la ciencia y á las tradiciones jurídicas, aun por las personas entendidas y competentes.

Y de ello es un ejemplo el punto que se ventila. Los principios de nuestro Código actual de Procedimientos, en materia de resoluciones judiciales y sus diversas clases, así como de los recursos que admiten y efectos que producen, no introducen notables innovaciones que importen diferencias esenciales respecto de lo establecido en nuestra antigua legislacion. Y sin embargo, al aplicar ahora tales principios, se desconocen ú olvidan las máximas siempre reconocidas de la jurisprudencia sobre ese particular.

Una de ellas ha sido muy exacta y muy racional, la de que las providencias interlocutorias, aunque sean exequibles y surtan desde luego efecto, para el fin de expeditar los juicios y remover los embarazos que cualquier incidente suscitado en ellos puede oponer á su prosecucion, no causan ejecutoria sino hasta que se pronuncia la sentencia definitiva. Lo han enseñado así, entre otros autores, Juan García: "*Sententia lata ob contumaciam vere non est sententia deffinitiva, quæ de sua natura executionem mereatur, sed est interlocutoria, unde tamquam interlocutoria facile revocari potest, ideo non facit gradum in Hispania . . . . Cum sententia lata sit propter probationem fictam, uti diximus, non potest transire in rem judicatam, quia sententia lata ex fictis probationibus, numquam transit in rem judicatam.*"[1]

Otro tanto dice Azevedo: "*Ulterius notare debes quod hæc declaratio confessi contra reum facta, numquam transit in rem judicatam, cum sit lata ex probatione præsumpta et privilegiata.*"[2] Y adviértase que ambos autores, al enunciar dicha máxima, se refieren directa y particularmente á la condenacion en rebeldía y á la declaracion de confeso.

Mucho más recientemente, y generalizando el principio con re-

1 De Nobilitate. Gloss. 6ª, § 1º, núm. 25.
2 Ad Leg. Recop., Lib. 4º, tít. 4º, Leg. 1ª, núm. 74.

lacion á la naturaleza de la cosa juzgada, ha dicho Toullier: "No hay cosa juzgada ántes de que el Juez haya fallado definitivamente sobre la controversia sometida á su decision, ántes de que haya admitido ó desechado la demanda, condenando ó absolviendo al demandado: *Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit* (Ley I ff. de re judic., 42. 1)." "El mandamiento de pago, que contiene una condenacion provisionalmente ejecutoria, no puede tener, pues, ni el nombre ni la autoridad de cosa juzgada; porque aunque da á la parte que lo obtuvo el derecho de obligar á la otra á pagar la suma expresada en el mandamiento, no pone fin al litigio y no constituye una presuncion legal de que esta suma se deba, puesto que la instruccion posterior puede acreditar que no se debe realmente, y dar motivo para condenar definitivamente á su restitucion al que la ha recibido." "Con mucho mayor razon los fallos y resoluciones preparatorias ó interlocutorias, que no contienen ni condenacion ni absolucion de la demanda, no pueden tener autoridad de cosa juzgada; porque se limitan á disponer la práctica de algunas diligencias previas, para ilustrar á los Jueces: "*Non vox omnis judicis, judicati contienet auctoritatem* (Ley I, Cód. de sentent. et interlocut., 7. 45)."[1]

Lo expuesto agrega nuevos y sólidos fundamentos á los ya expresados, para desvanecer la vana imputacion que se hace á la Sala sentenciadora, de haber infringido los artículos hasta aquí examinados. Y ahora debemos ocuparnos de los que se presentan como violados en el Considerando 6º, que es el siguiente relativo á la cuestion que tratamos.

1 Droit civil. Lib. 3º, tít. 3º, cap. 6º, secc. 3ª, art. 1º, núm. 94, núm. 116, tom. 10º, pages 93 et 102.

III

En este Considerando, la Sala, una vez que dejaba establecida en el anterior su facultad ó jurisdiccion para examinar la legalidad de las posiciones, objeto de la declaracion en rebeldía, procede á analizarlas bajo este aspecto, y resuelve que son viciosas por ser complexas, vagas y versar sobre hechos ajenos del confesante, con violacion del referido art. 576 del antiguo Código; determinando numéricamente cuáles de ellas tienen á su vez alguno de esos defectos, y demostrando con expresion de su contexto y razones jurídicas sólidas, desarrolladas en argumentacion vigorosa, lo que sobre este punto se propone probar.

Contra eso alega el recurrente, en primer lugar, que el fallo al hacer esa calificacion infringe el art. 724 del Código de Procedimientos de 1880, y el 554 del nuevo, porque ninguna de dichas posiciones tiene los vicios que se les atribuyen.

Estos artículos son los que respectivamente declaran, en ambos Códigos, que las actuaciones judiciales hacen prueba plena, cuya declaracion se invoca tan repetidas veces por la parte del Sr. Noriega, en su escrito, que ya forma en él una especie de *muletilla*. Y ocioso seria repetir aquí lo que hemos observado sobre esos artículos en otra parte, donde queda bien esclarecido que ellos nunca se pueden presentar como infringidos, cuando no se trata de la clase de prueba á que se refieren, sino de otra diversa que el Juez puede y debe apreciar legalmente, dándole el valor que le corresponda, aunque conste en dichas actuaciones; y cuando no se desconoce el hecho de que la misma prueba está consignada en éstas, ni la verdad de los actos que están directamente justificados por ella, sino que se juzga sobre la validez ó fuerza probatoria de los propios actos. Pero á mayor abundamiento, y para más confirmar lo que ántes se ha dicho sobre este punto, bastará agregar aquí la doctrina relativa de uno de los últimos comentadores de la

ley de Enjuiciamiento Española, que contiene una disposicion en la materia igual á la nuestra, respecto de la cual establece que: "en cuanto á las actuaciones ó certificaciones de actuaciones judiciales, debe advertirse que el figurar en ellas un documento público ó privado, una informacion de testigos, un dictámen pericial, etc., no altera en modo alguno la naturaleza de estos diferentes medios de prueba, que habrán de apreciarse segun las reglas propias de cada uno, y no precisamente por las que rigen para la apreciacion de documentos públicos, aunque las certificaciones tengan este carácter en lo relativo á su autenticidad."[1]

El recurrente dice despues: que segun el art. 595 del Código de Procedimientos de 1880, el juez, ántes de declarar confesa á una parte, cuando no comparece, debe calificar las posiciones que se articulan (como tuvieron que hacerlo en el caso el mismo juez y la Sala á su vez, cuando revisó el auto del primero); y que de consiguiente en la sentencia no se ha respetado la resolucion ejecutoriada que recayó acerca de este punto, violándose así el citado art. 595, el 825 y la fracc. 2ª del 827 de dicho Código de Procedimientos y los correspondientes del nuevo. Mas despues de las observaciones que hemos hecho al ocuparnos del Considerando anterior, demostrando que no existe tal resolucion ejecutoriada, que aquella calificacion no surte efecto ya se considere su naturaleza, ya el objeto sobre que recayó, y que la Sala estaba plenamente autorizada para apreciar, no obstante ella, la legalidad y el valor de la confesion ficta, es inútil detenerse por más tiempo sobre este particular.

Finalmente, pretende la otra parte que la Sala infringió, además de los anteriores artículos, el 568 y 405 cada uno respectivamente de los referidos Códigos, que prohiben se hagan preguntas á ningun litigante sino sobre hechos propios; porque siendo esencialmente propio del Sr. Flores el conocimiento de los hechos sobre que se le interrogaba, la sentencia no estimó legales las posiciones; especialmente cuando en opinion de algunos autores citados

1 Emilio Reus. Ley de Enjuiciamiento, tom. 2º, pág. 87.

por la misma Sala, se puede interrogar al absolvente sobre el conocimiento que tiene de los hechos ejecutados por un tercero, cuando hay identidad entre uno y otro; y es mayor la identidad que hay entre el dueño de un negocio y su encargado, que entre el autor de la herencia y su sucesor, á cuyo caso alude la sentencia.

La Sala no ha podido infringir unos artículos á los cuales se ha sujetado en su literal tenor, cuando exigen que las posiciones que se articulen versen sobre hechos propios del absolvente, bajo el concepto de que apénas habrá precepto más reiterado en nuestra legislacion vigente sobre procedimientos; porque lo contienen aquellos artículos, y además el 712 y el 715 del Código antiguo, así como los concordantes del nuevo. Y por autorizados que fueran los autores que opinaran en contra de ese precepto, admitiendo el derecho de articular posiciones sobre hechos ajenos, seria inaceptable su opinion, que contraviene á la ley; y mucho ménos podria cometerse ninguna infraccion desechándola, estando como está resuelto en la jurisprudencia de casacion que éste no es un mérito bastante para que proceda el recurso.[1]

Y la Sala, precisamente para no violar aquel precepto, rechaza aun la doctrina de los Sres. Manresa y Reus, que son los autores á que se refiere, y que parece se inclinan á admitir como legítimas las posiciones que versan sobre *credibilidad* (nombre que se da á las preguntas que se hacen á las partes sobre el conocimiento que puedan tener de los hechos ajenos), cuando se trata de personas que tienen identidad jurídica, como el heredero y su causante; fundada aquella en que tal doctrina no está sancionada en nuestras leyes, sino que deriva de una ley del Fuero Real, que no está vigente entre nosotros, ni es tan absoluta como se pretende, segun una sentencia de casacion citada por aquellos autores y por la misma Sala, que niega el carácter de conocencia ó confesion judicial á la que recae sobre puntos de credibilidad.

Aun sobre la misma ley 1ª, tít. 12, lib. 2º del Fuero Real, que parece admitir la declaracion sobre creencia ó conocimiento de he-

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 365, 672, 373, 736; Apénd. 1º, págs. 132 y 155.

cho ajeno, no precisamente en el caso de confesion, sino de juramento deferido á alguna de las partes, dice Montalvo, glosador de ese Código: "*Hoc casu potest jurare si vult, sed si non vult, non cogitur, quia super facto alieno nemo cogitur præcise jurare.*" [1] Cuya aclaracion excluiria de todas maneras la legitimidad de la confesion ficta sobre posiciones relativas á hechos ajenos.

Tal es, en realidad, el concepto único que ha seguido la Sala; porque es el verdadero y arreglado al texto expreso de la ley; el que teórica y prácticamente se ha profesado en el foro de una manera uniforme; y el que está expresamente sancionado en la jurisprudencia de casacion, por varias sentencias del Tribunal Supremo de España, en las cuales declara: "que la confesion de una parte, absolviendo posiciones, debe recaer sobre hechos propios de que el absolvente pueda tener completo conocimiento, para darle la eficacia de la conocencia de la ley." [2]

Todo lo demás no son sino circunloquios y tergiversacion de palabras, eludir y defraudar la disposicion de la misma ley, como lo observa con mucho acierto la Sala. Si ésta no estimó legales las posiciones que en el juicio se articularon de contrario, obró con toda regularidad y el mayor tino, porque no es posible suprimir la diferencia que hay entre interrogatorios de testigos y artículos de posiciones; porque aunque pudiera ser esencialmente propio del Sr. Flores el conocimiento de los hechos sobre que se le interrogaba, no eran suyos ó propios de él los mismos hechos, como lo requiere la ley para que las posiciones sean legítimas; y porque ni jurídica, ni ideológica, ni gramaticalmente hablando, los sentimientos de la conciencia y las operaciones del entendimiento pueden llamarse hechos, miéntras no se resuelven en actos exteriores que caen bajo el imperio de los sentidos, como ya otra vez se ha indicado en el informe de 2ª instancia.

Por no dejar, ni aun en el supuesto de que pudieran tenerse como buenas las posiciones sobre conocimiento ó creencia de los hechos ajenos, tendria razon en lo que dice el apreciable patrono del

1 Glosa á la referida ley, letra *b*.

2 Pantoja. Repert. de la Jurisp., pág. 774.

Sr. Noriega; porque el alegar sobre esto que las articuladas al Sr. Flores respecto de los actos del Sr. Castillo son legales, en virtud de que hay una verdadera identidad jurídica entre ellos, segun la que existe entre el dueño de un negocio y su encargado, es tanto como dar por cierto que el segundo ha tenido este carácter en los negocios del primero, que es cabalmente uno de los puntos controvertidos en el juicio, y dar, en consecuencia, por resuelta la misma cuestion que se disputa; vicio bien conocido de argumentacion en las escuelas, que se distinguia por los lógicos con el nombre de *peticion de principio* en otros tiempos.

Veamos ahora, si así como la Sala tuvo su autoridad ó jurisdiccion expedita para calificar la legalidad de la declaracion de confeso, son ciertos y efectivos los vicios que ha atribuido á las posiciones y que hacen esa declaracion ilegal.

A este respecto, considera entre otras la 10ª y la 11ª como de las prohibidas por la ley, segun el art. 576 del antiguo Código de Procedimientos y el correspondiente del nuevo, que establecen que las posiciones no han de contener cada una más que un solo hecho, porque las que se acaban de expresar son complexas. Y la Sala especifica individualmente cada uno de los diversos hechos que comprende la 10ª, que son los que ya quedan especificados tambien en este informe, al hablar de la cuarta pregunta del interrogatorio 1º de los testigos, idéntica á esa misma posicion; y cada uno de los dos que tambien comprende la 11ª De suerte, que el juicio de la Sala está comprobado con solo la lectura de ambas posiciones. Y es de notar que sólo por este medio igualmente, se puede conocer que la 6ª tiene el mismo vicio de ilegalidad que las otras.

La 2ª la reputa viciosa por vaga, segun el mismo artículo, que exige que las posiciones se articulen en términos precisos; y explica el concepto ó la manera en que lo es, que seria redundante é inútil repetir aquí. Pero no lo es observar que adolecen del mismo defecto la 1ª y la 12ª, porque la disyuntiva que contiene la una, al exigir del Sr. Flores la afirmacion de que Castillo era *dependiente ó encargado suyo*, como ya se hizo notar en el informe de 2ª instancia, la hace por lo ménos oscura; y la otra no expresa qué fué lo que

dijo el primero al segundo en las cartas que se supone le escribió y telegramas que le puso desde la hacienda, hablándole del contrato y dándole instrucciones sobre él. "*Limita* (dice á este respecto Escacia), *in positione alternativa, quia, cum pariat obscuritatem, interrogatus non cogitur respondere.*"—"*Limita in positione generali . . . quia generalitas parit obscuritatem.*"—"*Quando positio esset obscura potest rejici, et reus non cogitur illi respondere . . . . Partem non posse cogi ad respondendum positionibus non bene specificatis.*"[1]

El vicio que la misma Sala ha encontrado en las posiciones, presentándolas como articuladas sobre hechos ajenos al confesante, se puede tambien acreditar con la simple lectura de la 3ª, la 4ª y la 14 á que se refiere, y con la de la 10ª que envuelve el propio defecto, pudiendo á primera vista reconocerse segun su contexto que, como aquella lo asienta, no son personales de Flores los hechos sobre que versan y se individualizan en la sentencia.

Por tanto, solo me permitiré agregar á lo expuesto algo sobre los otros vicios que ya se notó en el repetido alegato de 2ª instancia que tenian aquellas, además de los anteriores, porque es poco cuanto puede decirse sobre la ineptitud é improcedencia de los artículos en que se han formulado.

El indicado y gravísimo defecto de perplegidad que entónces se objetó á la 1ª, salta desde luego á los ojos. Una posicion que supone dos caractéres incompatibles en la misma persona, de los cuales uno lo podia autorizar para ejercer representacion á título de mandatario, y otro no, no se puede absolver de una manera afirmativa ni aun expresamente, sin que resulte una respuesta implicatoria en la que aparezcan confesados á la vez dos hechos, de los que uno es verdadero y otro es falso; y mucho ménos puede darse por absuelta en tales términos por vía de ficcion legal. "*Hæc verba, ille, aut ille, non solum disjunctivæ, sed etiam subdisjunctivæ orationis sunt*" (dice la ley 124, tít. 16, lib. 50 del Digesto.) Y un expositor asienta: "La partícula *aut* (ó), puede servir de conjuncion y de subjuncion. Y no pueden ser verdaderos á un mismo

1 Scocia. De Judiciis, tom. 2º, págs. 186, 187 y 195, núms. 180, 190 y 288.

tiempo los dos extremos que abraza una cláusula disyuntiva: "En las cláusulas disyuntivas no es necesario que sea uno de sus extremos cierto, y no pueden ser verdaderos los dos. En las subdisyuntivas tiene que no serlo alguno de los dos ó no serlo ambos." "*Si vero in eadem positione duo ponuntur facta, unum verum, aliud falsum, tunc reus non tenetur illi respondere.*" [1]

Sobre la inverosimilitud, que tambien se objetó en aquel informe á la posicion 6ª, ya se dijo allí lo conducente para establecer su falta de valor, y basta referirnos á él.

Las demás, en su mayor parte, si no todas, son por lo ménos insidiosas, contra lo que previene el citado artículo 576, fuera de todos los otros defectos que á cada una de ellas se le fué marcando en dicho alegato; porque frecuentemente tienden á obtener por medio de ambigüedades ú ofuscaciones, respuestas contrarias á la verdad, como lo prevé el art. 577.

Lo es, en efecto, la 1ª indicada, en sí misma, por la contrariedad ú oposicion de aserciones que envuelve. Lo son ella y la 2ª á la vez, con relacion á su contenido, en cuanto á que la una se propone establecer la representacion de D. Miguel Castillo como encargado del Sr. Flores, y la otra se dirige al mismo objeto con distintas palabras, afirmando que el primero es el que ajusta los contratos sobre venta de frutos de la hacienda del segundo.

Lo son la 3ª y la 10ª, en sus propios términos y con referencia á las anteriores, porque indirectamente, por medio de una frase intercalada entre otras concernintes á diversos hechos, entrañan la mira de arrastrar al absolvente á que reconociera que el contrato se habia celebrado con aquella representacion; y porque insisten en la existencia de ésta para el caso de que se hubiera negado por él al contestar las otras.

Lo son la 5ª, la 6ª, 12ª y 13ª, porque tambien de una manera indirecta y por medio de una frase interpuesta, vuelven á provocar la confesion solicitada ya anteriormente, sobre el referido carácter de encargado que tenia Castillo de los negocios de la casa.

1 Manual de las Reglas del Derecho. Explicacion á la ley 124, tít. 6º, Lib. 50, D., pág. 127.

Y lo son, por último, la 4ª, la 5ª, la 6ª, la 8ª, la 11ª y la 12ª bajo otro aspecto, porque en todas ellas se procura, ya directa, ya indirectamente, recabar respuestas sucesivas sobre los mismos hechos, de que el Sr. Flores habia tenido conocimiento del contrato, habia dado sobre él instrucciones á Castillo de conformidad; y hasta se intenta inducir al primero á ponerse en contradiccion consigo mismo, mediante las contestaciones que diera sobre tales puntos.

Ahora bien, las doctrinas de los autores y los ejemplos que proponen sobre la materia, servirán para más demostrar la ilegitimidad de tan irregulares posiciones.

"*Callida et captiosa dicitur, qua ponens respondentem vult capere in sermone* (dice Begnudelio); *uti si est ita irretita, ut respondens, contra se respondere cogatur, aut per quam quis incideret in perjurium, et ad illam reus respondere non tenetur.*"—"*Implicita dicitur, quæ licet sub una periodo contineat unicum factum, habet tamen annexam qualitatem aliquam a facto diversam, ita ut factum possit esse verum, qualitas falsa; uti si pono, quod Parrochus talis Ecclesiæ mihi debeat centum, vel talis cujus tu es hæres, mihi debeat centum, quia potest esse verum, quod debeat centum, et esse falsum, quod tu sis hæres illius, aut Parrochus.*"—"*Ita positiones negative conceptæ non obligant reum ad respondendum. . . . neque. . . . cum sunt eadem cum illa, quæ jam fuit negata, aut concessa, aut est contraria concessis et negatis.*" [1]

Y Escacia dice: "*Definiunt communiter positiones captiosas dici, quando responsurus incidit in laqueum sive respondeat affirmative, sive negative; quia per quandam calliditatem, et sterilem discussionem, vel interrogationem fiunt ad concedendum oppositum ejus, quod fuit jam negatum, vel e contra: v. g. pono sic: quod Titius fuit procurator Seji; adversarius negat. Deinde pono sic: quod Titius fecit coli vineas Seji: quod vendidit ejusdem Seji vina: quod culturam possessionum suarum administrando peregit: quod item Sejus mandavit dicto Titio quod ea, quæ supradicta sunt vel aliqua ex eis, faceret: hoc si concedatur, manifeste concluditur contrarium ejus,*

1 Begnudellii. Bibliotheca juris., verb. Positiones, § III, núms. 8 y 9.

quod prius negatum fuerat, scilicet, quod Titius non erat procurator."—"In positione captiosa seu cavillosa, non tenetur adversarius illi respondere." [1]

En vista de las disposiciones legales á su tiempo citadas, y de estas últimas doctrinas tan análogas y congruentes al caso, que justifican los vicios é ilegitimidad de las posiciones articuladas, no se puede ménos de reconocer la aplicacion que aquí tienen dos ejecutorias pronunciadas en vía de casacion por el Tribunal Supremo de España, una de las cuales resuelve, refiriéndose al Código de las Partidas: "que la ley que en este Código establece el valor probatorio de la confesion, debe combinarse con la del mismo título y Partida que determina las condiciones que ha menester en sí la conocencia, para tener daño a aquel que la face ó pro a su contendor; y que á la declaracion prestada por una de las partes que no reune dichos requisitos, no puede dársele el valor decisivo á que se refiere la primera de las expresadas leyes." [2] Decision que si desvirtúa el valor de la confesion expresa, cuando ésta es viciosa y no se ha arreglado á los preceptos de la ley, con mayor razon priva de ese mismo valor á la confesion ficta que tenga tales defectos.

La otra ejecutoria declara: "que no puede tenerse por infringido el artículo de una ley que presupone el cumplimiento de otros anteriores correlativos, cuando se ha faltado á alguno sustancial de éstos." [3] Y esta declaracion no puede ser más oportuna ni más conducente, para tener como inadecuado el supuesto de haberse infringido el art. 715 del Código de Procedimientos, negando toda importancia á la confesion ficta; cuando se ha faltado á todos los demás que presupone ese artículo y que en el mismo Código fijan las condiciones que se necesitan para que sea legal la declaracion de confeso.

Pero pongamos ya punto al capítulo sobre ilegalidad de esa confesion, para entrar al exámen de su falsedad, que es de lo que en seguida se ocupa la Sala.

1 Scaccia. De Judiciis, tom. 2º, págs. 194 y 195, núms. 261 y 262.
2 Pantoja. Repert. de la Jurisp., Apénd. 3º, pág. 59.
3 Pantoja. Repert. de la Jurisp., Apénd. 3º, pág. 133.

IV

De ella trata en el Considerando 7º, fundando su juicio en una série de raciocinios tan luminosos y sólidos, que seria necesario reproducir íntegros para no deslustrarlos. Y demuestra, en resúmen: que la expresada confesion ficta está desvirtuada por la que hizo el actor al articular las posiciones 7ª y 9ª, de dos hechos invocados por el demandado en su favor, que son los que constan en la carta y el telegrama de que se ha hecho ya mérito en otra parte de este informe; de cuyos documentos, reconocidos como ciertos por aquel, aparece: que en 26 de Febrero de 1882, D. José Mª Flores declaró á D. Remigio Noriega que sólo podia vender la azúcar al precio y bajo las condiciones que expresa esa carta; y en 27 del mismo mes, refiriéndose á ella misma, comunica á su dependiente Castillo que ha anunciado al propio Sr. Noriega los términos en que se propone contratar, y le recomienda por dicho telegrama que no se deje sorprender.

La confesion expresa del recurrente sobre tales hechos, que la Sala califica con toda exactitud de intachables, está en contradiccion con las aserciones que contiene la posicion 11ª, suponiendo que el Sr. Flores tuvo conocimiento del contrato y estuvo conforme con él; lo mismo que con otras que, como la 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 12ª y 13ª, implican, ya directa ya indirectamente, ese supuesto de conocimiento y pretendida conformidad, desmentida por aquellas constancias. Y en tal virtud, dicha Sala reconoce como evidente que es absurdo tener por cierto un hecho mediante la ficcion de la ley, cuando hay pruebas de su falsedad; apreciando, por tanto, que en el caso, la confesion ficta está destruida por tales pruebas.

De consiguiente, el juicio de la Sala, en cuanto al punto de hecho, es cuestion de evidencia que puede desde luego verificarse con la lectura de los documentos confesados por el recurrente, en las dos posiciones que articuló relativas á ellos, así como de las

demás que se dieron por absueltas en perjuicio del reo, y con la comparación de los hechos que se contienen en unos y en otras. Por lo que debo limitarme á la cuestion jurídica, recordando los preceptos y principios legales que abonan el concepto de la Sala.

Entre los primeros, el que domina en esta materia es el del citado art. 716 del Código de Procedimientos antiguo, y su concordante del nuevo, que conceden al que ha sido declarado confeso el derecho de rendir prueba en contrario; siendo tambien decisivos los consignados en los arts. 599 y 435 de ambos Códigos, que mandan tener por confeso al articulante respecto de los hechos que afirmare en las posiciones, y los 728 y 558, que dan al documento que un litigante presenta, el carácter de prueba plena en su contra.

Los segundos se encuentran establecidos en las doctrinas de los autores y en las sentencias de casacion: "*Quod si post pronuntiationem judicis, quod positiones habentur pro confessis appareat de veritate in contrarium, pronuntiatio non nocet, cum veritati cedant omnia,*" dice Begnudelio. Y Escacia dice: "*Quæro, an is, qui posuit, possit revocare positionem, hoc est, confessionem, quam fecit ponendo. Regula erit negativa.... Et hinc habemus vulgatam conclusionem, quod confessus habetur pro judicato; et ea omnia, quæ a Doctoribus dicuntur de importantia confessionis, optime confessioni, quæ continetur in positionibus accommodantur; imo confessio, contenta in positionibus, difficilius potest revocari, quam contenta in responsionibus ad eas, quia is qui ponit, fatetur deliberate ea, quæ ponit, et non est dubium, quod confessio deliberata est efficacior.*"[1]

Conque, si la declaracion de confeso pierde su efecto tan luego como aparezca la verdad en contrario por la prueba rendida en los autos, y la confesion del articulante en las posiciones es más eficaz aún que la confesion expresa del absolvente, tiene indudablemente que serlo más que la confesion ficta de éste, que no pasa de una presuncion *juris* ó presuncion legal; y estando como están am-

1 Begnudelio. Obra y lugar citados, pág. 474, § VI, núm. 23.—Escacia, en la misma obra ya referida, tom. 2º, pág. 221, núms. 590 y 591.

bas en contradiccion, como sucede en el caso, parece incuestionable que la confesion presunta queda destruida por la confesion clara y expresa, puesto que toda presuncion cede á la verdad comprobada.

Y en efecto, fundando esta consecuencia, dice el mismo Escacia: "*Quæro, an sint aliqui casus, in quibus contumax non possit haberi pro confesso, etiamsi fuerit cervata forma. Respondeo quod sic . . . tercius, cuando fuisset data positio scienter falsa. At quomodo probetur scientia falsi, collige ex his, quæ scribit Mascardus; nam si quis produceret aliquod instrumentum, eoque usus fuisset, et deinde faceret unam positionem adversativam illi instrumento, diceretur facere scienter falsam positionem.*"[1]

De las ejecutorias en casacion, bastará citar una pronunciada por el Tribunal Supremo de España, por la cual se resuelve que: "Cuando la Sala sentenciadora al apreciar la prueba para dictar el fallo, no se limita á la confesion en juicio del demandado, que no es expresa, sino que hace extensiva su apreciacion al resultado en conjunto de todas las pruebas practicadas, no se infrinje la ley de Partida, que considera como prueba plena la confesion hecha en juicio."[2]

De suerte que, habiendo sido esa la forma y manera como apreció la cuarta Sala en el caso tal confesion, no se concibe cómo ha encontrado el recurrente oportunidad de citar artículos violados sobre este punto, si no es con el afan que se percibe en su escrito de alambicar las ideas para descubrir por todas partes violaciones en la sentencia de aquella. Y ciertamente no ha podido presentarnos como infringidos más que los artículos ya consabidos 554 y 724 de los dos últimos Códigos de Procedimientos que sucesivamente han regido, relativos al valor probatorio de las actuaciones judiciales, que son tan inconducentes, tratándose de otra clase de prueba, como ántes se ha demostrado con razones que seria redundante y superfluo volver á citar de nuevo; y el 715 del primero de esos Códigos, por una parte *contraproducentem*, porque es el que

1 De Judiciis, tom. 2º, pág. 215, núms. 510 y 514.
2 Pantoja. Repert. de la Jurisp., Apénd. 1º, pág. 48.

fija los requisitos que debe tener la confesion ficta, de dos de los cuales ha carecido en el caso, como está tambien demostrado, y ha tenido facultades para declararlo la Sala; y por otra parte, inconducente como los anteriores, segun la materia sobre que versa el Considerando de que se trata, en el que no se califica ya la legalidad de dicha confesion, sino la eficacia de la prueba en contrario que ofrecen los autos y que acredita su falsedad, invalidándola conforme al art. 716.

V

En el Considerando 8º, la Sala continúa examinando este último punto, de la falsedad de la confesion ficta, justificada por otras constancias en los autos; y entre ellas hace mérito de las aserciones del articulante contenidas en sus posiciones 6ª y 12ª, en las que confiesa al formularlas que habló con el Sr. Flores sobre el precio de la compra, y que este señor escribió cartas y dirigió telegramas con instrucciones sobre el negocio; lo cual contradice el supuesto de que el mismo Castillo fuera quien ajustase los contratos sobre los frutos de Oacalco libremente y sin instrucciones de su principal en cada caso, como se ha querido sostener por la otra parte.

Y yo podria tambien añadir que aquellas aserciones contradicen igualmente el supuesto, sostenido por la misma parte en otras posiciones, de que el repetido Sr. Castillo estuvo autorizado en particular para celebrar el contrato cuyo cumplimiento se pretende, con toda libertad y sin las expresadas instrucciones. Y de todo ello resulta que vuelve á aparecer, segun las pruebas consignadas en las actuaciones judiciales que tan frecuentemente invoca el recurrente como medio de plena justificacion, la más completa contrariedad entre las confesiones expresas del Sr. Noriega y la confesion ficta ó presunta del demandado; siendo por lo mismo aplicables para desechar esta confesion y tener como acreditada su

falsedad, ahora como ántes en el Considerando anterior, los propios principios y preceptos legales aducidos allí; porque, como observa la Sala con toda razon, si el declarado confeso puede rendir prueba en contrario, con más razon puede utilizar las ya rendidas que tiendan á destruir ó á desvirtuar la ficcion de la ley.

Así lo demuestra tan clara como manifiestamente el tenor de la sentencia en casacion que cita la misma Sala, con referencia á la obra de D. Emilio Reus; y así se puede, á mayor abundamiento, fundar con la autoridad de los escritores jurídicos que confirman esa doctrina, entre los cuales García, refiriéndose al caso de condenacion en rebeldía, y estableciendo la necesidad de que ella quede sin efecto de cualquiera manera que aparezca la verdad en contrario, dice: "*Ergo ubicumque appareat de veritate recedendum est a fictione, ne imagine, hoc est fictione naturæ veritas obumbretur.*"[1]

Altimaro dice en el mismo sentido, aun refiriéndose á la confesion verdadera: "*Confessio falsa et erronea veritatis substantiam non mutat, potest semper revocari, etiamsi sit jurata et a parte acceptata, constito de errore, qui dicitur probatus statim quod apparet rem aliter se habere.*" Y en otra parte asienta: "*Sic confessio tacita vel expressa, quæ nulliter emanavit, seu ex actu nullo resultat, quamvis mentem confitentis declaret, tamen cum reperiatur contra legis prohibitionem emanata, non habetur pro veritate, sed pro erronea reputatur.*"[2]

Y Escacia, respecto de la confesion expresa, contra la cual no se puede rendir prueba en contrario, despues de concluida la causa, establece que sin embargo se puede revocar siempre que conste que es errónea: "*Sed post conclusum in causa advente, quia potest solum revocari, sed non probari, et ideo oportet, quod absque alia probatione facienda, constet de errore.*"[3]

Los artículos que se reputan violados en este Considerando, son los tantas veces repetidos 554 y 724, que ya ni vale la pena de fijarse

1 De Nobilitate. Gloss. 6ª, § 1º, núms. 20 y siguientes.
2 De Nullitatibus. Quæst. 39, núm. 61, tom. 6º, pág. 294; quæst. 160, núm. 74, tomo 1º, pág. 433.
3 De Judiciis. Tom. 2º, pág. 227, núm. 664.

en ellos, segun la completa inoportunidad con que ahora vuelven de nuevo á citarse, como en las veces anteriores, y esto desconociéndose una verdad de notoria evidencia, cual es el contexto opuesto y contradictorio de las posiciones que se han referido.[1]

Se reputan además infringidos los arts. 614 y 728 del Código de Procedimientos de 1880, de los cuales el primero dispone que se tenga como reconocido el documento privado presentado en juicio por vía de prueba no objetado por la parte contraria, y el segundo declara que el documento que presenta una parte, prueba plenamente en su contra, aunque la otra no lo reconozca; porque al asentar la Sala que la asercion del Sr. Noriega en sus posiciones sobre las cartas y telegramas dirigidos por Flores á Castillo, dándole instrucciones sobre el contrato, demostraba que el segundo carecia de facultades para celebrar éste, viola dichos artículos con no tomar en consideracion un documento que obra en los autos, como lo es el despacho telegráfico del mismo Flores á Castillo, fecha 27 de Febrero de 1882; pues precisamente de este documento se infiere que el último estaba autorizado para celebrar contratos referentes á los frutos de la hacienda, y de otra manera no se comprende el temor de que se dejara sorprender.

La Sala no dice lo que se le atribuye aquí. Lo que expresa es que aquella confesion del Sr. Noriega justifica que Castillo no estaba facultado para ajustar contratos *libremente y sin instruccion de su principal en cada caso*, como lo ha querido dar á entender el mismo Sr. Noriega en otras de sus posiciones. Y este es un raciocinio muy fundado; porque de otra manera, diré yo á mi vez, no se comprende para qué eran ó qué necesidad habia de dichas instrucciones del principal al dependiente sobre los términos en que debia contratar, cuando estaba autorizado para hacerlo con facultades libres y expeditas.

El temor indicado en el telegrama del Sr. Flores, de que aquel

1 "Cuando falta la base y fundamento en que se hace consistir la infraccion de una ley, es inaplicable al caso, y no puede considerarse infringida la que se alega como tal." Sentencia de casacion citada por Pantoja. Apénd. 1º, pág. 121.—"La Sala sentenciadora, al estimar las pruebas sujetándose á la resultancia de autos, no infringe ninguna dispocicion legal." Id., obra principal, pág. 944.

se dejara sorprender, no arguye precisamente la autorizacion que tuviera de celebrar en general contratos, ni el particular que se supone; puesto que, en concepto del recurrente, al articular la posicion 12ª, necesitaba estar recibiendo instrucciones, ó instrucciones sucesivas y continuas en varias cartas y telegramas, y de consiguiente saber la voluntad del interesado para amoldarse á ella al ajustar este último. Lo cual se confirma con el tenor de las contenidas en dicho telegrama, únicas que conocemos, que son precisas con prevencion para obsequiarlas, y Castillo las respetó resistiéndose á contratar en otra forma.

Luego el expresado temor lo más que arguye, es la intencion en el Sr. Flores de impedir que su dependiente, fiado en la sinceridad y buena fe del Sr. Noriega, fuera á atenerse á los informes que éste pudiera darle, inexactos, sobre cuál era su verdadero propósito respecto al contrato, y reputándolos ciertos, contrajera algun compromiso que, aunque no lo obligaba, siempre podia ser motivo de disgustos; ó la intencion tambien de impedir que aparecieran divergencias entre las pretensiones que tenia dicho Sr. Flores, respecto á los contratos de venta de su azúcar, y las esperanzas que su mismo dependiente podia hacer concebir sobre esto á los compradores; desacuerdo que siempre es inconveniente que aparezca, y causa mal efecto para el curso expedito de los negocios ante el concepto del público.

De cualquiera manera, lo cierto es que, aun permitiendo á la otra parte suponer que Castillo hubiera tenido todas las facultades que quiera, en cuanto al contrato que se pretende hacer efectivo, no las tenia, no las pudo tener, sino limitadas y circunscritas al tenor de como se le dan en dicho telegrama y fueron desde entónces conocidas por los dos Sres. Noriega, segun lo que ya se notó sobre este particular. Y si la Sala lo ha reconocido así, dando á este documento la fuerza probatoria que le corresponde, precisamente conforme á los artículos que se citan, relativos al valor de esa clase de prueba, no se le puede fundadamente imputar que los haya infringido; porque es una de las reglas de casacion que los tribunales no infringen la ley, y ántes bien debe estarse á la apreciacion que ha-

gan de las pruebas, cuando al hacerla han aplicado acertadamente las disposiciones legales.[1]

Sobre todo, no es exacto que la Sala haya dejado de considerar ese mismo documento. Por el contrario, está visible y de manifiesto en su fallo que se ha referido á él, que lo ha tenido en cuenta, que ha interpretado su texto y ha calificado su importancia como prueba, estimándola en él mismo y con relacion á otros documentos y otras pruebas. Y es otra regla de casacion, muy frecuentemente reproducida en las sentencias sobre la materia, que no hay infraccion de ley en este punto, cuando no se desconoce el mérito probatorio de un documento, sino que sólo se aprecia bajo el aspecto de su aplicacion al hecho para juzgar si llena ó no el objeto con que se ha aducido; así como es igualmente otra de esas reglas que la prueba documental, por eficaz que ella sea, puede ser desvirtuada por otras.[2]

Finalmente, y generalizando más las ideas para rechazar los cargos que se hacen á la 4ª Sala en los cinco considerandos anteriores, sobre los juicios y decisiones que la sentencia contiene acerca de las tres pruebas de confesion, documental y testimonial, calificando el resultado que ellas han ofrecido en cuanto á la justificacion del hecho relativo á la autorizacion que pudo tener D. Miguel Castillo de D. José María Flores, ya para contratar en general, ya para celebrar en particular el convenio que se versa; no será fuera del caso, sino ántes muy conducente, recordar aquí varios otros de los principios que tiene acreditados aquella jurisprudencia, es á saber: que cuando la Sala estima las pruebas en conjunto, teniendo presentes, tanto las declaraciones de los testigos, como el resultado de las posiciones absueltas por el demandado, no infringe las disposiciones legales que determinan el valor de la confesion: que la prueba documental, cuando se considera en conjunt, dependeo en su eficacia de las demás que se rindan, conforme á la regla que acaba de citarse en el párrafo anterior: que la sentencia que no

1 Pantoja, en la misma obra, pág. 62.

2 Pantoja, en dicho lugar. Págs. 375, 378, 380, 383 y 813; Apénd. 1º, págs. 83 y 84; Apénd. 2º, págs. 75 y 148; Apénd. 3º, págs. 96 y 97.

desconoce los medios de prueba establecidos por derecho, sino que falla por el conjunto de la testifical y de documentos, no infringe las leyes relativas: que el dár por probado un hecho, corresponde al Tribunal sentenciador, apreciando, si la prueba es de testigos, la fuerza de sus declaraciones: que no debe estimarse como probado un hecho afirmado sólo por testigos con tacha legal: que cuando la apreciacion se hace en vista del conjunto de las pruebas, no se infringen las leyes relativas al valor de las declaraciones de los testigos: que la apreciacion de las pruebas con arreglo al mérito de los autos, corresponde á la Sala sentenciadora, y al estimarse éstas segun lo que resulta de ellos, no se puede cometer ninguna infraccion: que tampoco puede haber ésta, cuando se califican las pruebas en conjunto, aun suponiendo que alguna sea mal apreciada: que el Tribunal de casacion no puede entrar en cuestiones de apreciacion de pruebas, porque ésta toca privativamente á los jueces y Tribunales Superiores, como encargados de fallar los pleitos bajo el doble punto de vista del hecho y del derecho; y que contra la apreciacion hecha por la Sala sentenciadora del resultado de las pruebas, en uso de sus atribuciones, no cabe el recurso de casacion.[1]

Hasta aquí está concluido el exámen de las cuestiones 2ª y 3ª que se propuso debatir la Sala en los considerandos de su fallo; y es tiempo ya de tratar de la que sigue en órden de esas mismas cuestiones, así como de los propios considerandos que se refieren á ella.

1 Pantoja, págs. 824, 944, 946, 1072, 1073, 1075, 1076, 1082, 1083, 1084, 1085, 1086, 1069; Apénd. 1º, págs. 21, 22, 48, 64, 84, 85, 197, 202, 226, 227, 229; Id. 2º, págs. 75, 147, 149, 172, 189; Id., 3º, págs. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 75 y 199.

CUARTA CUESTION.

¿D. Miguel Castillo usó de la autorizacion que se supone haber tenido para celebrar el contrato que se versa?

CONSIDERANDOS NOVENO, DÉCIMO Y UNDÉCIMO.

I

La Sala, sin considerarse obligada á investigar si está ó no establecida en los autos la verdad de este hecho, en vista de la resolucion negativa que dió á las cuestiones anteriores, entra, no obstante, en esta investigacion, resolviendo tambien el punto negativamente, con presencia de las mismas pruebas de testigos y de confesion ficta anteriormente analizadas. Y para apoyar su juicio observa respecto de la primera: que los testigos no solo tienen, respecto del punto de que aquí se trata, los mismos vicios ya expuestos al examinar los otros sobre que declaran, sino que esos vicios se agravan más y más en este particular, porque dichas declaraciones aparecen hasta contradictorias entre sí y con lo confesado por el demandante, siendo además muchas de ellas evidentemente parciales. Y señala de propósito cuáles son algunas de esas contradicciones, agregando: que los testigos las sostienen sin dar razon de su dicho, pues casi todos se limitan á contestar por medio de un monosílabo, absteniéndose de fijar los hechos que vieron ó presenciaron.

Sobre tal decision se limita á decir lacónicamente el recurrente: que con la afirmacion de que Castillo no celebró dicho contrato, se violan los arts. 715, 717 y 732 del Código antiguo de Procedi-

mientos; porque la celebracion de aquel está acreditada con la confesion del demandado y con la declaracion de más de dos testigos contestes, uniformes y mayores de toda excepcion. Y bastaría lo vago y genérico de semejante observacion, que no determina cómo, de qué modo y bajo qué concepto se han violado esos artículos, para repeler el cargo que se hace á la Sala de esa infraccion, segun las doctrinas de la jurisprudencia que ya en otra parte se han citado sobre la improcedencia del recurso de casacion, cuando las referencias de los artículos violados no se hacen específicamente con tales circunstancias.

Mas prescindiendo por ahora de los dos primeros de dichos artículos, que son los relativos á la confesion, para ocuparnos de ellos al tratar del Considerando 11º, que es en el que la Sala habla de esa prueba, examinarémos aquí si tiene ó no fundamento lo que se expone respecto del tercero, es decir, del 732 que en el Código vigente determina el valor de la prueba testimonial y deja su calificacion al arbitrio del Juez, designando en lo demás las cuatro condiciones necesarias que exigia el concordante del Código antiguo para que los testigos hagan fe.

Y desde luego puede notarse que la vacilacion con que el recurrente invoca, ya el primero de esos artículos ya el segundo, para pretextar los cargos de infraccion que atribuye á la Sala en sus decisiones sobre el resultado de esa prueba, cuando dichos artículos siguen en este punto, como se ha observado ya, diverso sistema, adoptando el uno la tasa del número y autorizando el otro el criterio judicial expedito para su apreciacion, está suficientemente indicando la falta de seguridad y convencimiento con que se procede en este negocio.

Pero teniendo ya, como tenemos ampliamente fundado, que en cualquiera de esos dos sistemas nunca el espíritu de la ley ha sido encadenar el juicio de los Tribunales en materia en que no es posible esta sujecion, y que siempre está sujeto á su autoridad y discernimiento el valor de la referida prueba, segun las circunstancias de cada caso, sin que contra el ejercicio de esta facultad quepa el recurso de casacion porque se contravenga á la ley, no hay para

qué insistir aquí en los fundamentos legales que se han expuesto sobre esto. Y nos concretarémos, para desvanecer las imputaciones relativas que se vuelven á hacer á la Sala, sobre el concepto que formó de la referida prueba de testigos en el particular de que ahora se trata, á legitimar la fidelidad y justificacion con que obró, examinando brevemente esa prueba con relacion á las cuatro condiciones que requiere el artículo.

En cuanto á la primera, ya se han visto tambien las tachas graves de que adolecen aquellos, para que se pudieran tener como testigos mayores de toda excepcion, tanto en sus personas como en la forma de sus declaraciones, segun los vicios que envuelve la pregunta 4ª del primer interrogatorio, 8ª del segundo, contraída directa y principalmente al hecho de la celebracion del contrato, que es lo que se ventila al presente. Y sólo hay que tener en cuenta, además, aquí, por lo que toca al fondo mismo de esas declaraciones, la muy grave de aquellas tachas que resulta contra ellas, de las contradicciones marcadas por la Sala en su Considerando; y las ya igualmente indicadas en el Informe de segunda instancia, que ofrecen varias de esas mismas declaraciones entre sí y respecto de las confesiones del Sr. Noriega y de otras constancias de los autos; circunstancia que más que ninguna otra rebaja legalmente su crédito. "La diversidad que contiene contrariedad de los testigos deponentes de un mismo hecho, ó que encierra repugnancia en sus dichos, impide que se dé crédito á ninguna de las declaraciones, porque ambas se destruyen mutuamente," dice Caravantes citando la ley 28, tít. 16, Part. 3ª. Y agrega: "invalidando la contradiccion mutua de dos testigos sus declaraciones, es consiguiente que no merezcan fe tampoco ninguna de las declaraciones contradictorias que diera un mismo testigo, segun dispone la ley 41, tít. 16, de dicha Partida."[1]

En otra parte dice: "Así, pues, dicha regla (la que admite como prueba plena las deposiciones de dos testigos) no tendrá aplicacion. . . . . si la declaracion no se halla de acuerdo con los resul-

1 Tratado de Proced. judicial, tom. 2º, pág. 245, núm. 994.

tados obtenidos por las demás pruebas sobre circunstancias esenciales que no pudo ménos de conocer y conservar en la memoria el testigo; si no fuere persistente dicha declaracion, v. gr., si hubiere contradicciones, dudas y reticencias flagrantes en sus palabras sobre las mismas circunstancias. Si se contradice y embaraza en sus respuestas, dará motivo á pensar que, ó no observó bien los hechos ó no refiere fielmente lo que sabe."[1] Y estas doctrinas tienen apoyo en los arts. 735 y 740 del antiguo Código de Procedimientos, que ahora se cita.

En cuanto á la segunda de las expresadas condiciones, ya los defectos anteriores desvirtúan demasiado la concordancia aparente que presentan aquellos testimonios en las contestaciones dadas sobre la pregunta á que nos referimos; y no se debe olvidar lo que hemos dicho y advierte tambien la Sala sobre el laconismo estudiado que caracteriza tal uniformidad.

El requisito exigido como condicion tercera en los testigos, que impone la necesidad de que sean presenciales, ó declaren de ciencia cierta, tampoco abona á éstos con relacion al hecho que nos ocupa. De los cinco examinados, D. Julio Barrios apénas dice, de una manera ambigua, que *estuvo al tanto* de lo que se convino entre Castillo y Noriega, como para dar á entender que presenció el contrato; D. Pedro Blanco declara rigurosamente de oídas, porque lo hace con referencia á D. Miguel Castillo, é infiriendo lo que expresa de la contestacion que dice haberle dado éste una tarde que fué á su despacho, manifestándole que ya no podia haber nada del negocio de que le habia hablado, porque habia vendido todo el azúcar á Noriega: Gallegos, ya se ha visto que no pudo presenciar la celebracion del contrato, porque estaba ausente en la fecha en que se supone concluido. De modo que el único que se declara él mismo presencial, es D. Antonio Barrios; y Guinchard aparece serlo como corredor que intervino en el asunto, circunstancia que es precisamente una de las que lo inhabilitan para atestiguar bajo otro aspecto. Así es, que las declaraciones de esos testigos perte-

1 Tratado de Proced. judicial, tom. 2º, pág. 252, núm. 1016.

necen al número de aquellas que la ley no reputa dignas de crédito; en los arts. 736 y 737 del enunciado Código.[1]

Y tampoco reune tales testimonios la cuarta de las condiciones que se están considerando; porque tampoco fueron comprobados con la razon suficiente que tanto importa para abonar esta clase de prueba, precisando en el caso los testigos cuándo, cómo, en qué dia y á qué hora celebró Castillo el contrato, como lo observa la Sala y lo requieren los principios legales, de conformidad con el texto de las leyes, que ven en esas declaraciones la razon justificativa de la veracidad que aquellos puedan tener, segun lo que ántes se ha demostrado.

¿Qué título racional, qué dato atendible hay para creer á unos testigos que no ofrecen mérito alguno para descansar en sus dichos y atraer en su favor una conviccion juiciosa y prudente? Si el que debió tener más conocimiento del negocio por el carácter con que intervino en él difiere, en la relacion de algunas circunstancias esenciales del hecho, de lo que sobre esto consta en justificantes más atendibles. Si lo qué exponen otros dos sobre la manera vaga con que pudieron tener noticia del contrato, revela que sólo pudieron saberlo indirectamente, y sin conocerlo tanto en la sustancia como en sus pormenores. Y si los otros dos explican de una manera inverosímil y poco satisfactoria los motivos que pudieron tener para haberse impuesto de lo ocurrido y fijar intencionalmente su atencion en el negocio, á fin de adquirir sobre él la ciencia ó instruccion necesaria, en términos de poder establecer en serio y de cierto su verdad ante la justicia: es obvio que no hay fundamento sólido para dar fe á semejantes testimonios, tan poco capaces de inspirar confianza y tan sospechosos.

Ningun motivo de credibilidad hay para confiar en la veracidad, por ejemplo, de D. Julio Barrios, que nos dice en general haber sabido del convenio por D. Iñigo Noriega, con quien tiene amistad, y por haber acompañado á Guinchard cuando arreglaba el negocio; si no nos explica la causa plausible para esa asistencia suya

1 Ley 42, tít. 16, Part. 3ª—Caravantes. Proced. Jud., tom. 2º, pág. 244, núm. 992.—Toullier. Droit civ., tom. 9º, pág. 238, núm. 253; pág. 300, núm. 317.

en compañía de Guinchard al despacho de Flores, y, sobre todo, la que lo inducia á fijarse en un asunto que no tenia interes ninguno para él. Y otro tanto hay que decir de D. Antonio Barrios, que se nos muestra sabedor del convenio, ya por Castillo, ya con ocasion de que iba al expresado despacho á arreglar negocios con éste; sin decirnos cuáles fueron, y sin ser tampoco verosímil que los tuviera, cuando en la casa del Sr. Flores no hay más que el negocio de azúcar, que se supone haberse estado tratando entónces con el Sr. Noriega.

"Si la presencia del testigo induce á presumir que conoce los hechos, en términos de haberlos grabado en su memoria y de poderlos referir con exactitud y fidelidad, esta presuncion adquiere más fuerza si ha tenido motivos para fijar su atencion en ellos con seriedad.".... "Este principio es, sobre todo, aplicable cuando se versa un hecho complicado, tal como el tenor ó las cláusulas de un contrato." Hé aquí las reflexiones juiciosas de Toullier, que despues de ampliarlas todavía más, continúa: "Estas reflexiones son útiles cuando se trata de pesar y apreciar los testimonios.... Es de la mayor importancia que el testigo se explique, no solamente sobre el hecho sino sobre sus circunstancias de lugar y tiempo. Tales circunstancias, que parecen por lo comun indiferentes en sí mismas, sirven ó pueden servir frecuentemente para descorrer el velo que oculta la verdad.... sirven casi siempre para juzgar del grado de confianza y del grado de atencion con que ha visto los hechos."[1]

Dice despues en otro lugar: "El testigo debe tambien dar razon de su dicho, del modo como ha sabido el hecho: *Debet reddere rationem scientiæ suæ;* de lo contrario su deposicion no merece confianza.... No es, sin embargo, bastante que dé razon de lo que dice, es preciso que esta razon sea, además verosímil.... ¿Adónde encontrará, pues (el Magistrado), los motivos que deben servir para formar su juicio? El derecho romano, ó más bien la razon, le indica las fuentes en que debe tomarlos. Los hallará meditando y

1 Toullier. Droit civ., Lib. 3º, tít. 3º, cap. 6º, secc, 2ª, part. 2ª; tom. 9º, pág. 241, núms. 256 y 257.

aplicando á los hechos, con discernimiento y sagacidad, los sabios consejos que da el Emperador Adriano: *Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus: qui et cujus dignitatis, et cujus æstimationis sint: et qui simpliciter visi sunt dicere, utrùm unum eumdemque sermonem meditatum attulerint, an ad ea, quæ interrogaveras, ex tempore verisimilia responderint.* Leg. 3, § 1, ff. de test."[1]

No ha podido, pues, la Sala infringir un art. como el 732 aludido, al declarar insuficiente para establecer el hecho en cuestion una prueba que es ineficaz al efecto, segun los vicios que encierra, conforme á ese mismo artículo y á sus concordantes citados, á cuyo tenor se ha sujetado aquella escrupulosamente en su fallo.

II

En el Considerando 10º la Sala, como se ve por el primero de sus incisos, que ya hemos textualmente insertado en otro lugar, despues de establecer el principio de que la ley deja al arbitrio judicial la calificacion de la prueba testimonial, insiste en el juicio que formó de la que produjo el actor en el Considerando anterior, por las razones ya expuestas que de nuevo resume. Y á propósito de esto, se le vuelve á hacer cargo de que viola el repetido art. 732, con asentar aquel principio; por la importancia que ese artículo da á la prueba de dos testigos, cuyas declaraciones se dice que la Sala ha debido aceptar, mediante á que tienen en el caso los cuatro requisitos que se señalan en él.

Pero es del todo innecesario y estéril detenerse en defender el referido incontestable principio y las purísimas acreditadas doctrinas que proclama la Sala, sobre la calificacion de esa clase de prueba y las bases que deben normar el criterio del Juez para hacerla;

1 Toullier en la misma obra, págs. 243 y 244, núms. 260 y 261; pág. 317, núm. 325.

cuando tanto y tan fundadamente en derecho se ha expuesto en el curso de este informe sobre esto, que si no estuviera ya con la más amplia latitud demostrado, bastaria para que quedara, la simple lectura de aquel mismo artículo y de los demás que le siguen hasta el 741 en el Código, con sólo una mediana reflexion sobre el concepto en que por ellos se da completa eficacia á la prueba de testigos, relativamente y con dependencia de tantas circunstancias que sólo el discernimiento del Juez puede exclusivamente apreciar.

Estéril é innecesario es tambien entretenerse más en defender el juicio formado por la Sala, al calificar de hecho la misma prueba y decidir si los testimonios que figuran en ella, llenan ó no las condiciones que demandan los enunciados artículos, despues que tan minuciosamente y con presencia de los autos, hemos comprobado la acertada y concienzuda apreciacion de aquella, sobre la cual no puede ni debe prevalecer el parcial é interesado dictámen de la parte á quien perjudica.[1]

Así es, que seguirémos refutando otro de los cargos de violacion que se hacen, referente á la tacha que opone dicha Sala de parcialidad á los corredores Gallegos y Guinchard, considerándolos como interesados en que se declare perfecto el contrato, para cobrar sus honorarios ó corretaje, de cuyo punto ya nos hemos ocupado otra vez; y sobre la cual se vuelve al temá de la fuerza probatoria que tienen las actuaciones judiciales y de la infraccion de los arts. 554 y 724 de ambos Códigos, porque al decir del recurrente, los autos prueban que Gallegos no fué el corredor que intervino, sino sólo un perito comisionado para examinar la calidad del azúcar, y el fallo reconoce que con arreglo á los términos del contrato, Noriega era el que debia pagar los honorarios de Guinchard y no D. José Flores.

Debemos declinar aquí, como siempre, aquel cargo: 1º Por la inconducencia de los indicados artículos, pues no se trata aquí del caso á que se refieren, sino de hechos consignados en otras clases de prueba, cuyo valor no depende de las actuaciones judiciales en

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 550 y 552; Apénd. 3º, págs. 132 y 133.

que obran, y que tienen sus reglas propias de apreciacion conforme á las cuales han sido convenientemente calificadas. Tales pruebas son el borrador del contrato y las declaraciones de Guinchard y otros testigos, constancias donde se menciona la intervencion que éste tuvo en el negocio: 2º Porque no son ciertos los hechos que se suponen probados.

No lo es el de que Gallegos no fuera corredor sino perito en el contrato. Él mismo dice en su respuesta á la 6ª pregunta del 2º interrogatorio: que "con motivo de reconocer y ratificar, en compañía de D. Remigio Noriega, las diversas clases de azúcar que ya tenia contratadas en la hacienda de Oacalco, *tuvo participio* en el negocio, siendo Guinchard quien lo habia arreglado definitivamente en esta Capital, *yendo á medias con el que* [illegible]*bla.*" Luego la verdad es que Guinchard y Gallegos se distribuyeron el trabajo de las gestiones para arreglar ese negocio; y que por lo ménos este último tenia tambien parte en los honorarios de corretaje, lo que basta para que sea interesado en este juicio y deba reputarse parcial, como la Sala lo ha considerado.

No es cierto tampoco el hecho de que el fallo reconozca que, con arreglo al contrato, Noriega debia pagar sus honorarios á Guinchard y no Flores. En éste, como en otros puntos, se hace decir á la Sala lo que en realidad no dice. Ella lo que expresa en el considerando 17, poniendo de manifiesto las inexactitudes que contiene la declaracion de Guinchard, es que éste asegura habérsele ofrecido por Castillo que Flores le pagaria su corretaje, miéntras que en el proyecto de contrato aparece haberse convenido que el corretaje seria por cuenta del comprador; sin que la Sala reconozca como cierta ninguna de esas especies que no podia reconocer, cuando precisamente nota que son contradictorias, y en toda su sentencia se rehusa á dar crédito á las constancias donde figuran una y otra.

Fuera de que la parcialidad atribuida por la Sala á Guinchard, no depende de la circunstancia de que tal ó cual de los contrayentes fuera el obligado á pagarle sus honorarios, sino del interes que tiene por el éxito del pleito en el sentido de que se declare perfecto

el contrato, que es el único caso en que le asiste el derecho para percibir esos honorarios con arreglo á la ley.[1]

El tercer cargo que se hace á la Sala en el Considerando de que hablamos, es que ha infringido los arts. 715, 717, 732, 728 y 614 del Código de Procedimientos de 1880; porque en él determina arbitrariamente los hechos que á su juicio pasaron en este negocio, y esa exposicion es contraria á lo que resulta justificado por la confesion del Sr. Flores, por las declaraciones de los testigos y por el contenido de los documentos presentados.

Vago, como lo es, é improcedente el supuesto de tan infundada infraccion, por el defecto que ya se ha objetado á otros de no puntualizar, respecto de cada hecho que se expresa y cada uno de los artículos que se citan, el concepto, modo ó sentido en que se han infringido; porque dicho supuesto representa la opinion más propiamente digna de llamarse arbitraria de una de las partes, que no es bastante á destruir el juicio respetable y maduro de la Sala sentenciadora; y porque lo que se impugna es la apreciacion general de los hechos, estimados por la misma Sala con relacion al resultado de todas las pruebas vistas en conjunto, deberia yo dispensarme desde luego de tener en cuenta aquel cargo, que no merece atenderse y que no puede ser objeto del recurso interpuesto, porque los de su género están rechazados por los principios de la jurisprudencia que rige en esta materia.[2]

Mas para justificar á la Sala en su fallo, que por otra parte está ya tambien sincerada respecto de la aplicacion que ha hecho de cada una de las pruebas en particular de que hablan dichos artículos, á cada caso especial de los que ha examinado, voy, aunque no sea más que ligeramente, á demostrar la exactitud y verdad de la expsicion colectiva ó en globo de hechos que contiene dicho Considerando, y que ahora combate el recurrente en su escrito.

Aplicando (dice la sentencia) á los hechos sobre que versan esas declaraciones y al conjunto de pruebas rendidas, el criterio legal,

1 Reglamento de Corredores de 13 de Julio de 1854, art. 69.

2 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 865, 871, 875; Apénd. 1º, págs. 186, 187, 188, 892, 544, 550, 817, 116, 229; Apénd. 2º, pág. 75; Id. 3º, pág. 75.

el criterio imparcial de un análisis concienzudo, resulta: que entre D. Íñigo Noriega, apoderado sin poder legítimo de su hermano D. Remigio, y Castillo, sin poder legal de Flores, se propaló un contrato de venta de azúcar, fijándose las clases de la mercancía y sus precios, redactándose un borrador que debia ponerse en limpio para ser firmado por los principales, segun se inferia de su contexto, y que al ir á recoger Noriega el contrato firmado, Castillo se negó á firmarlo; siendo de advertir que, como aparece del borrador y de las confesiones del demandante, el contrato debia consignarse por escrito.

Hé aquí el contexto literal de dicha exposicion. Veamos si son ciertos los hecho referidos en ella.

1er hecho: que D. Íñigo Noriega, en la época del convenio, no tenia poder legítimo de su hermano D. Remigio, ni Castillo lo tenia legal del Sr. Flores. Está probado por la razon que se tomó en autos del poder conferido por el mismo D. Remigio á su hermano, en 18 de Abril de 1882, mucho despues de aquella época; y por las certificaciones de los notarios de esta Capital y del juez encargado del protocolo de Yautepec, donde consta que ni ántes ni despues de ese tiempo, aparece otorgado poder alguno por el Sr. Flores al mismo Castillo.

2º hecho: que entre éste y el expresado D. Íñigo, se propaló un contrato de venta de azúcar, fijándose las clases de la mercancía y sus precios. Probado por la tercera posicion que articuló D. Remigio Noriega y que dice textualmente: "Diga como es cierto que le consta que á mediados de Febrero último (de 1882), el Sr. Castillo, en representacion del absolvente, y D. Íñigo Noriega, en mi representacion, *tuvieron pendiente* un contrato de compra-venta de una partida de azúcar de la hacienda de Oacalco." Y las clases de este efecto y los precios están fijados en la posicion 10ª

3er hecho: que se redactó un borrador que debia ponerse en limpio para ser firmado por los principales, segun se inferia de su contexto. Probado por la existencia misma del borrador, cuyo encabezamiento dice á la letra: "*Los Sres. José María Flores y Remigio Noriega han celebrado* un contrato, bajo las bases siguientes,

con intervencion del corredor Winch;" y por el tenor del párrafo 6º del escrito de demanda que dice: "el Sr. Castillo quedó *en extender por escrito* el contrato; mas en la tarde que pasó mi apoderado á recogerlo, le manifestó que aun cuando *ya estaba extendido, segun los términos del borrador que le presentaba y que debidamente acompaño, se rehusaba á firmar.*"

4º hecho: que al ir á recoger Noriega el contrato firmado, Castillo se negó á firmarlo. Probado por la misma constancia que se acaba de trascribir.

5º hecho: que como aparece del borrador y de las confesiones del demandante, el contrato debia consignarse por escrito. Lo prueba la misma presencia del borrador que obra en autos, y la confesion del Sr. Noriega en el párrafo anterior de su escrito.

Pero de la importancia de estos hechos, y de la interpretacion que la Sala les da como elementos para juzgar si el contrato se debe tener como celebrado y perfecto, ó sólo como proyectado, hablarémos al ocuparnos luego, como vamos á hacerlo, del Considerando siguiente, que es en el que la otra parte impugna el juicio de la Sala sobre esto; no sin repeler, por consecuencia lógica y necesaria de lo expuesto, el infundado cargo que se hace á ésta última, de violacion de los artículos últimamente citados, como una suposicion enteramente imaginaria y gratuita. [1]

III

En el undécimo Considerando la Sala, así como apreció en los anteriores la prueba de testigos con relacion al punto de la celebracion del contrato, califica tambien la prueba de confesion ficta, que es la otra que sobre ese punto invoca á su favor el recurrente; y á este respecto asienta que los vicios capitales que ya expuso

1 Pantoja, en dicha obra, págs. 552, 877, 880, 892; y Apénd. 2º, pág. 33.

menudamente sobre ella, la hacen ilegal y le quitan todo valor probatorio.

De esos vicios adolece notoriamente la posicion 10ª, que es sobre la que recayó la declaracion de confeso relativamente á aquel punto; porque ya se ha visto que es complexa ó comprensiva de diversos hechos: que los que determina no son propios, sino ajenos del Sr. Flores; y que es insidiosa respecto de la undécima, que reitera con diversas palabras la misma idea para probar la misma intencion.

No obstante, el recurrente imputa tambien á la Sala que aquí vuelve á infringir los arts. 595, 825, frac. 2ª del 827, 715 y 717 del Código de Procedimientos de 1880; porque desconoce la calificacion ejecutoriada de legalidad que recayó sobre dicha confesion tácita, y le niega además la fuerza probatoria que le corresponde.

Esos artículos son los que sancionan la irrevocabilidad de la cosa juzgada, mandan calificar las posiciones ántes de articularlas, enumeran los requisitos que debe tener la declaracion de confeso para hacer prueba, y conceden el derecho de rendirla contra ella. Debemos, por tanto, descartar desde luego y sin más exámen aquella frívola imputacion apoyada en ellos, que está ya suficientemente impugnada con lo que hemos dicho en su respectivo lugar, tanto sobre la inaplicacion en el caso de los preceptos concernientes á la cosa juzgada, como sobre las atribuciones legalmente reconocidas de los Tribunales para juzgar en la definitiva acerca de la validez de la confesion ficta, lo mismo que de la expresa y de toda clase de pruebas, y sobre las constancias fehacientes que en este juicio la anulan.

Así, pues, seguirémos á la Sala en sus reflexiones, que en dicho Considerando añade: que respecto al referido punto de la celebracion del contrato, Flores, á mayor abundamiento rindió prueba de testigos contra la referida confesion ficta, ya viciosa por sí misma; cuyos testigos fueron D. Aurelio Santin y el Lic. D. Agustin Noriega, de los cuales el uno afirma que solo hubo proyecto de contrato, asegurando el otro que D. Íñigo Noriega consintió en que, no habiendo ese contrato, se le entregara el borrador para sólo el

objeto de escribir sobre el particular; de todo lo que se deduce, contra la confesion ficta y con arreglo al art. 716 del Código citado, que en concepto del mismo D. Íñigo, el contrato no se llegó á perfeccionar.

Y el recurrente encuentra que, mediante tales acerciones se han violado los arts. 724, 1463 en su frac. 2ª del antiguo Código y 678 del vigente en ella misma, 526 y 365 de uno y otro, y 626 de este último. El primero, porque el testigo Santin asegura que el contrato quedó terminado, y la Sala adopta sólo las palabras que en ese testimonio favorecen al reo y olvida las que aprovechan al actor. Los dos segundos, porque las declaraciones de ambos testigos son contrarias á los hechos contenidos en los interrogatorios de 1ª instancia, y en consecuencia es una prueba prohibida por derecho. Los dos terceros, porque el exhorto en que consta la declaracion de Santin, se agregó á los autos despues de concluido el término de prueba, resultando así que se ha considerado una diligencia admitida fuera de él. Y el último, porque con esto se ha revocado tambien un auto ejecutoriado en que la Sala habia resuelto que no era de admitirse esa probanza.

A tales objeciones corresponden estas respuestas. Debemos otra vez desentendernos de la referencia al ponderado art. 724, que tanto gusta al recurrente; porque ahora, como en todas las veces que se ha querido acomodar, no viene al caso. La interpretacion que hace la Sala de la deposicion del testigo Santin, distinta en especie de la prueba á que se refiere ese artículo, que legalmente no es lícito rectificar y ménos á ninguna de las partes, porque representa una facultad que entraba en las atribuciones jurisdiccionales de la Sala, es además exacta y legítima. Ese testigo, como ésta lo asienta, llama en todas sus respuestas proyecto de contrato al que medió entre D. Íñigo Noriega y Castillo. Sólo una vez, en alguna de sus contestaciones, usa de la palabra concluido, como para seguir el órden de los actos ocurridos en su narracion, explicando que despues de entenderse esos señores sobre la cosa y el precio, acordaron la formacion del borrador; sin que haya motivo alguno para suponer que se sirvió de aquella palabra en el sentido

tecnológico ó rigurosamente jurídico, queriendo significar que el contrato se habia llegado á perfeccionar, cuando esto seria incompatible con la idea constante que manifiesta denominándolo, como se ha dicho, proyecto, y presentándolo como pendiente del borrador que se iba á extender.

Los arts. 1463 y 678 no repelen toda prueba testimonial sobre hechos contrarios á los contenidos en los interrogatorios de la primera instancia, sino sólo sobre los directamente contrarios á ellos. La prueba de esa especie, que de una manera indirecta sea opuesta á la anteriormente rendida, como es necesario que lo sea para que pueda destruirla, no está legalmente prohibida. Si así fuera, saldria sobrando el derecho que se concede de rendirla; y la ley habria vedado por completo y no únicamente con restriccion, el exámen de testigos en la segunda instancia; porque si no es para desvirtuar la producida en la primera, no tiene objeto y es inútil, ó tiene que ser inconducente y entónces tampoco es admisible.

Por lo demás, las declaraciones del Lic. Noriega y Santin versan sobre las pocas preguntas que la Sala calificó de legales, conforme á los arts. 1463 y 678 que se citan, mediante auto en forma que proveyó con audiencia de la otra parte y previo exámen sobre la oposicion de ella. Y esta circunstancia nos autoriza para exclamar: ¡Cuán cierto es que cuando se carece de razon se tiene que discurrir con inconsecuencia y acaba uno por impugnarse á sí mismo!

Se ha cansado el recurrente de inculcarnos la necesidad de respetar las providencias interlocutorias dictadas en este juicio sobre la calificacion de sus pruebas, y todavía ahora, en el párrafo de su escrito á que nos referimos, nos invoca el art. 626 entre los demás que enumera, con ese mismo propósito; y quiere que se pase sobre aquel auto, despreciando la calificacion que en él se hizo, sólo porque recayó sobre prueba del Sr. Flores.

¿A qué nos atenemos, pues, en materia de irrevocabilidad de la cosa juzgada? ¿En qué quedan las teorías del recurrente sobre el valor de dichas providencias, tan eficaces en favor de una de las

partes y tan estériles en beneficio de la otra? *¿Cur tam variè?* Para valernos de esta frase tan ingeniosa y expresiva, por mucho que se haya ya vulgarizado.

En cuanto á los arts. 526 y 365, sin aceptar los hechos que se expresan respecto del exhorto en que consta el testimonio de Santin, que no son exactos, ni el derecho que se aplica, que es en verdad muy cuestionable; me bastará decir que esa prueba fué considerada por la Sala en calidad de diligencia para mejor proveer, con cuyo carácter y haciendo uso de la facultad que le conceden los arts. 562 y 400 de ambos Códigos de Procedimientos, mandó que se hiciera la traduccion de esa declaracion, proveyendo de oficio despues de concluida la instancia ya para sentencia, sobre ese requisito que las partes no habian promovido y sin el cual dicha prueba no podia tenerse en cuenta legalmente. Y es principio de jurisprudencia en casacion: que contra las decisiones que dan los Tribunales con fundamento en los datos que ministran las diligencias de ese género, no cabe ese recurso, ni puede alegarse la infraccion de leyes relativas á las condiciones con que se debe producir la prueba rendida por las partes.[1]

Todavía, con referencia á las declaraciones de los expresados testigos, denuncia el recurrente como infringidos por la Sala los arts. 668 del Código de Procedimientos anterior y 504 del actual, en sus fracciones 8ª y 12ª; porque las aceptó no obstante de que el Lic. Noriega habia sido el abogado del Sr. Flores, y de que Santin le era enteramente parcial. Mas fuera de que en esto dicha Sala ejerció un arbitrio de apreciacion legalmente exclusivo é irreformable, no son tampoco ciertos los hechos que se suponen. La tacha que se atribuye al Sr. Lic. Noriega está desmentida por su propia declaracion, sin que se haya acreditado de otra manera; y la que se imputa á Santin tampoco consta por ninguna otra prueba; debiendo, por el contrario, observarse que no puede tenerse por muy parcial en favor del demandado, una declaracion que el demandante invoca en su provecho.

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., pág. 361; Apénd. 2º, págs. 73 y 146.

Detengámonos, pues, un poco ahora en otros cargos que se hacen á la cuarta Sala, y que, aunque no son más atendibles y fundados, ofrecen, sin embargo, cuestiones jurídicas más interesantes.

Por lo que toca al juicio que la Sala forma de la otra prueba aducida por el recurrente á su favor, sobre el punto en disputa de la celebracion del contrato, que es la de la confesion ficta; por la centésima vez nos cita esta parte como infringidos los arts. 554 y 724 de los Códigos respectivos de Procedimientos, por suponerse que en la sentencia se hace una declaracion contraria á las constancias de los autos; pues que ésta contiene una inexactitud, al asegurar que el Sr. Noriega ha afirmado que el contrato quedó sujeto á la condicion suspensiva de que habia de extenderse por escrito. Ni he declarado jamás, agrega este Señor, semejante cosa, ni es cierto tampoco que se hubiera convenido en esta condicion.

Desentendámonos de tales artículos, que no están mejor adecuados en esta vez que en las anteriores, y examinemos el punto de hecho aludido en las especies que se mencionan, y las cuestiones á que él da lugar, que entrañan mayor trascendencia en cuanto al fondo de este negocio y preparan la respuesta á otros cargos de violacion.

El recurrente es el que incurre aquí en la inexactitud ó error que ha reprochado á la Sala. Ésta no atribuye á él el concepto de haber dicho que el contrato quedó sujeto á la condicion suspensiva de que habia de extenderse por escrito. Expresa en este Considerando y en el 10º: que de sus confesiones y del borrador aparece simplemente que dicho convenio debia consignarse por escrito, que debia firmarse, y no se llegó á firmar ni á ponerse en limpio; verdad inconcusamente comprobada con la vista de ese mismo borrador y del párrafo arriba copiado de la demanda del Sr. Noriega.

E interpretando la Sala esos hechos con arreglo, como expresa, al derecho, á la prudencia y á la práctica comun, para estimar si ellos importan un contrato perfecto, ó sólo un contrato propalado ántes de la firma, dice en el segundo de aquellos Considerandos, fiel siempre á los más sanos principios que revela conocer á fondo, y no abandona nunca: que segun la doctrina de los autores, cuan-

do la redaccion por escrito se pone claramente en un convenio como cláusula suspensiva, no hay contrato válido y perfecto hasta que no se firma la minuta escrita; pero que los mismos autores, y entre ellos Demolombe, cuyas palabras trascribe textualmente, enseñan: que cuando sin dar el carácter de condicion suspensiva á la redaccion por escrito de un contrato, se estipula ésta por los contratantes, entónces la cuestion se reduce á interpretar la voluntad verosímil de las partes, correspondiendo á los Magistrados decidir segun las circunstancias; y en general hay la presuncion de que los contrayentes no han querido obligarse sino despues que se redacta y firma el contrato por escrito, en cuya virtud la parte que sostiene lo contrario debe probarlo.

A lo expuesto agrega: que esa doctrina, fundada en una ley romana, se profesa por los que la asientan, escribiendo sobre la legislacion francesa que sanciona el mismo principio, de que los contratos se perfeccionan por sólo el consentimiento, establecido igualmente por la nuestra. Y lo cierto es que tal teoría es incontrovertible á la luz de los preceptos legales y de la jurisprudencia.

La ley romana á que se alude, no exige precisamente que se pacte la redaccion por escrito como condicion suspensiva, para que la falta de este requisito impida la perfeccion del contrato: "*Contractus quas in scriptis fieri placuit, non aliter vires habere sancimus,*" son sus palabras. Y el mismo sentido ofrecen las que usa Justiniano en sus Instituciones: "*Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt. In his autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus.*"[1]

En términos análogos está redactada la ley 6ª, tít. 5º, Part. 5ª: "Compra e vendida se puede fazer en dos maneras. La una es con carta, e la otra sin ella. E la que se faze por carta, es quando el comprador dize al vendedor: Quiero que sea desta vendida, carta fecha. E la vendida que desta guisa es fecha magüer se avengan en el precio el comprador, e el vendedor, non es acabada, fasta

1 Ley 17, tít. 21, Lib. 4º del Cód.—Instit., Lib. 3º, tít. 23.

que la carta es fecha, e otorgada. E sin carta se podria fazer la vendida, quando el comprador, e el vendedor se avienen en el precio, e consienten amos en ello, non faciendo mencion de carta."

Y los comentadores no dan á los textos de uno y otro derecho mayor extension. Pothier, en sus Pandectas, dice: "*Quamvis solo consensu perficiatur emtio venditio, tamen, si in contrahendo convenitur ut contractus in scripta redigeretur, voluit Justinianus præsumi contrahentium voluntatem fuisse ut non prius perfectus esset contractus quam instrumentum fuerit absolutum.*" Y Gregorio López en su glosa asienta: "*Et sic, quod in dubio videtur contrahi in scriptis, quando in contractu, vel ante contractus conveniunt, quod inde scriptura fiat. Tene ergo menti istam legem, et nota eam in practica; et quod ista opinio, quam ista lex elegit, in puncto rationis sit verior.*"[1]

Por supuesto que no falta en esta materia divergencia de opiniones entre los autores, como en casi todas las del derecho; habiendo de éstos quienes sostengan, al buscar la inteligencia de esas leyes, que su espíritu es que el convenio de las partes sobre el otorgamiento de escritura no basta para impedir que el simple consentimiento perfeccione el contrato, si no es que hayan manifestado claramente que la venta quedaba en suspenso hasta la redaccion por escrito. "*Quatenus partes suum consensum a scriptura suspendissent;* porque de lo contrario aquel simple convenio no debe tenerse más que como una medida de precaucion acordada para conservar la prueba de la venta y darse mayor garantía y seguridad.

Pero esto es salirse de la cuestion y discutir fuera del supuesto, por vano espíritu de disputa ó de controversia; pues cuando los contrayentes son explícitos en la manifestacion de su voluntad sobre que se extienda por escrito el contrato, estipulándolo así como condicion suspensiva del consentimiento, no hay motivo alguno de duda, ni lo habia tampoco para que la ley hubiera decidido nada en el caso, una vez que la voluntad de las partes es la ley en

1 Pothier. Pandectæ, Lib. 18, tít. 1º, sectio I, num. III.—Glosa 6ª de Greg. López á la referida ley.



los contratos, y debemos atenernos á ella cuando consta de una manera clara y precisa.

La duda existe cuando éstas han expresado simplemente la intencion de que el acto se consigne por escrito, sin que aparezca á toda luz la importancia que han querido dar á esta idea. Y entónces están más en la cuestion otros intérpretes cuando dicen, unos que no porque las partes han hablado sólo del otorgamiento de escritura, debe suponerse que se propusieron hacer dependiente de esta circunstancia la validez del contrato, si no es que por algunas conjeturas aparezca la certidumbre de su voluntad en ese sentido; y otros, que la presuncion de dichas leyes, atribuyendo á los contratantes esta voluntad en ese supuesto, debe limitarse si por tales conjeturas resulta que su ánimo no fué hacer consistir la legitimidad ó subsistencia del contrato en la redaccion por escrito, sino exigir sólo la escritura por vía dé prueba.

De consiguiente, la verdad de las cosas en esta polémica, lo que sugieren las inspiraciones del buen criterio ó de la razon, desnuda y despojada de todo espíritu de sutileza, es lo que enseñan autores tan sensatos y reflexivos como Demolombe, citado en la sentencia: que la cuestion en el caso es realmente de interpretacion de la voluntad de las partes, y corresponde á los Magistrados decidir sobre ella: que, como tambien lo observa Troplong, todo depende aquí de las circunstancias del hecho, y no es fácil indicar á los Jueces reglas *à priori* para resolver acertadamente.[1]

Pero sí es cierto y notoriamente indudable, que lo que los Tribunales resuelven en este punto, es firme y no admite reforma ni revision: "Estas palabras (dice Boileux comentando el Código Civil frances), de que las convenciones tienen fueza de ley, han dado lugar á que se dispute si procede el recurso de casacion cuando en una sentencia se ha interpretado mal la voluntad de las partes, porque se observa que violar una convencion es tanto como violar la ley. El art. 1134 no se debe entender así; hay que distinguir la cuestion de hecho de la cuestion de derecho, porque el Juez está autorizado para apreciar soberanamente el hecho; la Corte de Ca-

1 Troplong. De la Venta, tom. 1º, pág. 31, núm. 20.

sacion no puede fallar nunca sobre éste, sino sólo sobre el derecho; tiene que reconocer como ciertos todos los hechos que aparecen afirmados, ya en el juicio, ya en el fallo; su papel se limita á examinar si el Juez ha aplicado con exactitud la ley al hecho. Ese recurso nunca procede por error de hecho, sino sólo por el de derecho. Si despues de haber reconocido el Juez que un contrato existe, quiere aplicar las reglas especiales de otro contrato; por ejemplo, si despues de haber reconocido que existen las condiciones constitutivas del cambio, aplica las reglas de rescision ú otras particulares del contrato de venta, procederá entónces el expresado recurso."[1]

Y este es el principio uniformemente reconocido por la jurisprudencia en repetidas ejecutorias, entre otras, dos en que se declara, para no citar sino las más conducentes: que "corresponde á la Sala sentenciadora apreciar, en virtud de las pruebas, si ha habido verdadero contrato ó un simple proyecto de él; y que tambien le corresponde calificar, en vista de las mismas pruebas practicadas, el hecho de si se ha celebrado ó no un contrato por persona determinada, ó por otra en su nombre y con su autorizacion."[2]

Esto supuesto, parece evidente la necesidad de reconocer que se ha dicho la última palabra en punto á la cuarta cuestion de que en la sentencia se ha tratado, esto es, en cuanto al punto de si se celebró ó no el pretendido convenio que se supone concluido entre D. Íñigo Noriega y Castillo, con decir: que la cuarta Sala, en presencia de las pruebas que en este juicio se han producido; estimándolas todas, la confesion expresa de una parte y la presunta de la otra, los testigos y los documentos presentados por ambas, ha considerado que dicho convenio no se efectuó, resolviendo con todo fundamento y razon que las partes no llegaron á otorgar su consentimiento sobre él, en el hecho de no haberse firmado y ni aun escrito en limpio el documento en que debia consignarse, segun la voluntad manifestada por ellas.[3]

1 Commentaire sur le Cód. Nap., tom. 4°, pág. 387, not. 1ª

2 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 243, 246 y 883.

3 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 61, 62, 63, 64, 817, 821, 862, 885 y 944; Apénd. 1°, págs. 22, 173, 174 y 175; Id. 2°, pág. 22; Id. 3°, págs. 21, 22, 23, 24, 25, 193 y 494.

Y entónces ¿adónde está la violacion de los arts. 1392, 1535 del antiguo Código Civil y concordantes del nuevo, que son otros de los que se reputan infringidos tambien en el fallo?

Lo que deciden esos artículos es: que los contratos deben ser puntualmente cumplidos en los términos convenidos, como la otra parte lo inculca. Y no es cierto, como lo supone, que la ejecucion del que es materia de estos autos se haya hecho depender en la sentencia de una condicion no pactada. Lo que ha sucedido es, que no se estimó probada su celebracion por falta del requisito que los contrayentes acordaron que interviniera, para que pudiera tenerse por prestado el consentimiento, que es el sentido que tiene la estipulacion en estos casos, como lo nota el referido Pothier: "*Quamquàm et hoc casu, solo adhuc consensu perficitur; sed sub hâc conditione ut non intelligatur planè declaratus consensus quàm post scripturam perfectam.*[1]

¿Adónde está tampoco la violacion de los arts. 1392, que de nuevo, aunque bajo otro aspecto, se vuelve á suponer infringido, y 1439 del mismo Código Civil antiguo que últimamente acaba de citarse?

Aunque el primero de estos artículos declare que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y el segundo establezca que la validez de ellos no depende de formalidad alguna externa, la sentencia no ha violado ni el uno ni el otro con resolver que en el caso no medió el consentimiento precisamente necesario para la perfeccion del convenio, y sí faltó la formalidad expresamente pactada por los interesados para que fuera válido, á cuyo cumplimiento estaban obligados, segun la ley del contrato, que consiste, como se ha dicho, en la voluntad de las partes, y segun el mismo art. 1392 que se cita.

Y en estos puntos la jurisprudencia tambien es explícita. Largo seria citar las numerosas ejecutorias del Tribunal Supremo de España, que refiriéndose al mismo principio de que los contratos se perfeccionan sólo por el consentimiento, contenido en la ley 1ª,

1 Pothier. Lug. cit. en la nota de la pág. 119.

tít. 1º, lib. 10º de la Novísima Recopilacion, vigente allí todavía, deciden: "Que cuando el Tribunal sentenciador estima que no hubo contrato, no puede considerarse infringida esa ley: que es impertinente citarla, aunque excluya la necesidad de las fórmulas en los contratos, cuando no resulta que haya existido ninguno: que no son aplicables las leyes y doctrinas que determinan la eficacia de los pactos, cuando no consta que éstos sean perfectos: que ha de estarse á la apreciacion hecha por la Sala sentenciadora sobre cuestiones de hecho, como lo es la de si ha existido ó no un contrato; y que si bien los contratos válidos y perfectos son ley para los contrayentes, para aplicar recta y acertadamente esta jurisprudencia son necesarias la existencia real y la eficacia legal del contrato á que se refiera, así como para que se aplique esa ley, son indispensables las manifestaciones expresas, ó los hechos indudables que demuestren el consentimiento y la voluntad de obligarse."[1]

Por último, Godofredo en sus notas á la ley 17, tít. 21, lib. 4º del Código, dice: "*Quilibet actus sine scriptura perfici potest, nisi lex, vel conventio contrahentium scripturam exigat.*"[2]

De la violacion de los arts. 715 y 548 de los respectivos Códigos de Procedimientos, con que el recurrente termina sus cargos á la Sala en este Considerando, no hay más que añadir de lo que en su lugar se ha expresado; porque ni es cierto, como se ha visto, que el Sr. Flores no rindiera prueba ninguna sobre la confesion ficta, cuya falsedad ha justificado con toda clase de pruebas; y aquellos artículos son *contraproducentem* para el actor, en presencia de la ilegalidad tambien demostrada de esa confesion, que la Sala ha calificado con fundamento, con criterio acertado y en uso del arbitrio exclusivo que le permite la ley.

Llegamos ya á la materia de la cuestion quinta, de que me voy á ocupar.

1 Pantoja. Obra citada, págs. 235, 236, 237, 243, 244, 245 y 250; Apénd. 1º, pág. 52 y 56; 2º, págs. 49 y 51; 3º, págs. 60 y 62.

2 Nota 2ª—Asevedo. Ad Leg. Recop., Lib. V, tít. XVI., Leg. II, tom. 3º, pág. 425, núm. 29.

QUINTA CUESTION.

¿Don Miguel Castillo celebró el contrato sin autorizacion, pero Flores ratificó lo hecho por su dependiente?

CONSIDERANDOS DUODÉCIMO, DÉCIMOTERCERO, DÉCIMOCUARTO, DÉCIMOQUINTO, DÉCIMOSEXTO, DÉCIMOSÉTIMO Y DÉCIMOCTAVO.

I

La Sala, en los tres primeros de esos Considerandos, da á conocer claramente la atencion y cuidado con que estudió este negocio, así como su escogida instruccion en las materias jurídicas, al discutir la aplicacion al caso del art. 2543 del antiguo Código Civil, que el demandante ha invocado en el juicio como una de las causas legales que imponen al Sr. Flores la obligacion de cumplir el contrato, segun el precepto contenido en ese artículo, por el cual se dispone: que "si aquel á quien pertenece el negocio, tuviere conocimiento de la gestion y no se opusiere á ella ántes de que termine, se entenderá que la consiente."

El actor, confundiendo los efectos jurídicos de este precepto con los de la ratificacion, ha querido encontrar en él una fuente de obligacion en el caso para el Sr. Flores, por suponer que ha probado el conocimiento y tolerancia de éste, en los actos de Castillo relativos al convenio. Y la Sala comenzando por rectificar ese error, asienta en el Considerando 12º que el contrato, que no pudo ser obligatorio á Flores como obra de un mandato suyo, por resistirlo los arts. 1439, 2484 y 2486 de dicho Código, segun lo demostrado al principio de este informe, tampoco ha podido serlo conforme á aquel artículo, porque él no es aplicable sino inconducente y hasta incompatible al caso de estos autos.

Y para demostrarlo así, discurriendo de una manera que no admite réplica, observa: que el artículo está comprendido en el capítulo del Código que trata de la gestion de negocios; y tanto por esto, como por los términos en que define esta gestion el mismo Código, que es tal como ha comprendido siempre el derecho la naturaleza de ella y la explican los redactores de éste, y todos los intérpretes, la aplicacion de aquel precepto sólo es oportuna cuando se trata de gestion, la cual no se puede admitir que ha tenido lugar en este caso: porque no todo acto en que uno obra á nombre de otro, sin mandato expreso, importa una gestion de negocios que deba regirse por las prevenciones del Cap. 7º, tít. 12, lib. 3º del referido Código; y si así fuera, se eludirian y quedarian sin efecto alguno los citados artículos, que exigen para la validez del *mandato* ciertas solemnidades bajo pena de nulidad; pues para ello bastaria que con un simple juego de palabras se diera el nombre de gestion á los actos derivados de un mandato tácito, ó verbal expreso; resultando de este modo que esos actos se hallaban sujetos á preceptos contradictorios, unos que los declaran nulos por falta de poder en forma, y otros que los declaran válidos sin este requisito: absurda y violenta antinomia, que no se aviene con las buenas reglas de interpretacion.

En efecto, entre las que deben tomarse por guía como más atendibles para la recta inteligencia de las leyes, se recomienda como medios seguros de interpretarlas, el de atenerse á lo que aparece de los estudios preparatorios que las han producido, de las exposiciones de motivos que las explican, de los rubros ó títulos bajo los cuales están consignadas sus varias disposiciones, de las consideraciones á que se presta la combinacion de sus diversos preceptos. Y sobre todo, es una de las principales y más importantes máximas en esta materia, que nunca se pueden entender aquellas en el sentido de que vengan á quedar ilusorias ó sin cumplimiento y ejecucion, ni ménos en el de que sus disposiciones ofrezcan una inteligencia adversativa é implicatoria.[1]

1 Delisle. Traité de L'Interprétation, tom. 2º, pages 564, 681; §§ 180, 188.

La inflexibilidad y exactitud científica de las anteriores reflexiones de la Sala, desconcertó completamente á la parte contraria, que no pudo encontrar otra cosa que decir en contra, sino que ellas infringen el mismo art. 2543 que se interpreta por aquella; porque no á todas las gestiones que una persona haga en nombre de otra, les da el Código eficacia para obligar al dueño del negocio, sino solo á las que reunan las condiciones que determina el mismo artículo, y que en el caso asegura que tuvieron cumplimiento. Y de este modo vuelve á incurrir en otra peticion de principio semejante á la que le hemos censurado en otra parte.

Pues si precisamente ese es el punto de controversia, suscitado por la teoría de la Sala: que para que las condiciones que prescribe dicho artículo surtan el efecto que él expresa, es preciso que se trate de gestion de negocios; porque no todos los actos en que se obra á nombre de otro tienen legalmente ese carácter, aunque reunan tales condiciones, sino sólo aquellos en que concurren los requisitos que segun los preceptos de la ley y los principios de la jurisprudencia, constituyen la naturaleza de la gestion, oficiosa en su esencia y contraída á negocios de personas ausentes ó impedidas. Y aquella controversia no se resuelve lógicamente con dar por cierto el mismo punto en cuestion de un modo magistral y asertivo; porque la opinion de la Sala está apoyada en sólidos fundamentos legales.

La analogía de condiciones que muchas veces se exigen en contratos de diversa especie para que produzcan obligacion, no prueba su identidad, ni puede dar lugar á inferir que porque ellas se han cumplido en un caso, éste deba regirse por las reglas de otro caso de distinta naturaleza, que necesita las mismas condiciones para surtir su efecto legal. El conocimiento del hecho y el consentimiento en él, que el art. 2543 reputa como elementos propios para hacer obligatoria, aunque condicionalmente por parte del dueño, la gestion de negocios, son los medios comunes en derecho de producir obligacion; y sin embargo, no por eso se puede asentar que todo acto ó contrato en que intervienen esas circunstancias es gestion de negocios.

Concretando más las ideas: el consentimiento, la cosa y el precio son los tres requisitos que se necesitan, tanto en la venta como en el arrendamiento, para producir obligacion y dar valor al contrato. Y sin embargo, seria insensato y ridículo que un inquilino quisiera llamarse dueño de la cosa alquilada, porque la habia recibido en arrendamiento; pues aunque en su contrato concurrieron las mismas condiciones que se exigen en la venta, éstas surten diferentes efectos en uno y en otro, porque los pactos son de distinta naturaleza, y tales condiciones intervienen bajo diversos aspectos: el consentimiento con desigual intencion de las partes sobre el derecho que adquieren; la cosa sirviendo en dos varios sentidos de materia al convenio; y el precio, estimado en mayor ó menor proporcion de la importancia del objeto con que se ha celebrado.

De aquí la razon y justicia con que está decidido: "que si bien los interesados tienen la más completa libertad de celebrar sus contratos y convenios en los términos que juzguen más oportunos, no son, sin embargo, árbitros de dar á sus actos una calificacion legal distinta de la que segun su naturaleza y condiciones esenciales les corresponda con arreglo á las leyes." [1]

Y de aquí el derecho que yo tengo para concluir, por lo mismo, que el citado artículo no se puede haber infringido en el caso, en que no tiene aplicacion legal oportuna; dando por cierto, que no lo es, el supuesto de que han existido aquí las condiciones requeridas por él para que la gestion surta efecto.

Pero sigamos examinando los fundamentos en que la Sala apoya su tésis.

II

En el Considerando 13º, desarrollando esos fundamentos, la sentencia establece cuáles fueron los principios del derecho romano y de las leyes de Partida en materia de gestion de negocios; el único caso de extension que admitieron los autores en este cuasi contra-

1 Pantoja. Obra citada, Apénd. 3º, pág. 65.

to, por analogía de lo preceptuado en los textos legales; la fidelidad con que nuestro Código ha seguido sobre el particular las tradiciones jurídicas, segun la definicion que contiene su art. 2533 y las advertencias que hacen sus redactores en su exposicion de motivos; deduciendo de aquí que, tanto el derecho antiguo como el moderno, han basado la gestion de negocios en el supuesto de *ausencia, impedimento ó abandono;* y que por tanto, la ley no autoriza á inmiscuirse en los asuntos ajenos sino en ese caso, único en el que declara lícito y capaz de efectos jurídicos el acto oficioso que caracteriza esa intervencion.

En tal virtud, concluye asimismo la Sala: que bajo el rigor de tales preceptos jurídicos, es imposible aceptar como caso de gestion de negocios el contrato celebrado por Castillo; pues léjos de que Flores estuviese ausente ó impedido para administrar sus bienes y celebrar el acto de que se trata, con él personalmente habló Noriega en la hacienda de Oacalco sobre su celebracion, como lo demuestra la misma Sala con los datos que expresa, de que nos ocuparémos despues. Y añade ésta que, como en el caso ni hubo ausencia legal, porque se ignorara la residencia de Flores; ni momentánea por la cual sus bienes estuviesen amenazados de daño, que fuera necesario evitar con urgencia, no es en modo alguno legal adaptar á ese caso los preceptos sobre gestion de negocios.

El recurrente impugna la teoría de la Sala, diciendo: que ella es conforme con la legislacion romana y con todas aquellas que reconocen la validez del mandato tácito; pero que no está de acuerdo con lo establecido en dicho art. 2543 de nuestro antiguo Código Civil, y concordante del actual; porque es indudable que, para que el dueño tenga conocimiento de la gestion y no la contradiga, es indispensable que no esté ausente y que tenga la capacidad necesaria para contradecirla; de modo que, al aceptar la Sala los principios de otras legislaciones y desechar los de la nuestra, infringe el mismo artículo.

La opinion que se contrapone á la teoría de la Sala en este párrafo es errónea. Y por toda demostracion bastará trasladar aquí lo que dice sobre este punto uno de los más sabios y concienzudos

comentadores del Código frances, con presencia de preceptos análogos á los contenidos en el nuestro. Hé aquí los términos de su enérgica refutacion sobre esa extraña creencia:

"Por lo demás, no se debe confundir el contrato de mandato con la gestion de negocios, que no es más que un cuasi-contrato. El mandato supone un consentimiento recíproco, expreso ó tácito, del que nace un contrato sinalagmático; y en el cuasi-contrato de gestion de negocios ese consentimiento recíproco no existe. Esta especie de agencias solo tienen lugar, cuando una persona oficiosa y solícita ve que otra puede tener interes en un acto que le evita un mal ó le ocasiona un provecho, y se decide á ejecutar este acto sin que ella lo sepa; con la seguridad de que la ley, órgano y sancion de la equidad, aprobará esa ingerencia, teniéndola como fuente de una obligacion tan estrecha como si la persona de cuyo negocio se trata hubiera dado su consentimiento, conforme á la regla de que nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro."

"Así es, que no hay cuasi-contrato, *negotiorum gestorum*, cuando media consentimiento expreso ó tácito sobre el hecho que se ha ejecutado, porque entónces lo que hay es mandato."

"Bien sabemos, sin embargo, que muchos autores, ofuscados por algunas expresiones de los artículos 1372 y 1985, han pretendido que el derecho moderno, discrepando en esto del derecho romano, considera el consentimiento tácito como insuficiente para formar un verdadero mandato, y atribuye al acto el carácter de cuasi-contrato *nogotiorum gestorum.* Por mi parte rechazo enérgicamente semejante opinion; es falsa y está desmentida por textos precisos, y particularmente por los arts. 1922 y 1578 del Código Civil. Ella trastorna todas las ideas recibidas, é introduce el desórden en las nociones que se deben tener de los cuasi-contratos, especie de agencias en que la reciprocidad de consentimiento no puede intervenir sin convertirlas inmediatamente en verdaderos contratos."[1]

Y más adelante, entrando ya en discusion sobre la materia, añade: "El art. 1985 no habla en términos expresos mas que del man-

1 Troplong. Droit civil. Du Mandat., Pages 74, 75, 76, ns. 70 et 71.

dato otorgado por escrito ó verbalmente; pero ya hemos visto que se debe extender su texto." Observa en seguida que los romanos, ni por un momento creian dudoso que el mandato tácito estaba al mismo nivel del mandato expreso, citando en su apoyo entre otras la doctrina de Ulpiano: "*Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.*" Añade que "nada hay más racional y más justo; que por eso los intérpretes del derecho han estado de acuerdo siempre en esta máxima: *Sola patientia inducit mandatum;* y que Pothier no vacila en dar al mandato tácito el mismo crédito y la misma autoridad que al mandato expreso." "En el antiguo derecho, dice, siempre que una persona dejaba comenzar y proseguir por otra un acto que le concernia, y guardaba silencio sobre él cuando lo podia impedir, se veia en esto un mandato tácito tan formal y tan válido como el expreso. Y estos principios han pasado tambien al Código Civil."[1]

Combate de diversos modos á los autores que opinan lo contrario, y despues agrega: "¿Se puede decidir que el art. 1985 haya proscrito el mandato tácito? Pero si la jurisprudencia falla todos los dias que hay mandatos tácitos, que ligan á las partes por medio de un vínculo convencional, es porque no hay diferencia entre el derecho moderno y el derecho antiguo. Y no existe en realidad."[2]

Refiriéndose todavía á disposicion de dicho Código, semejante á la del nuestro en el artículo que interpreta el recurrente, agrega: "Pero es necesario ir aun más léjos, pues no se debe hacer ninguna concesion á interpretaciones que desconocen el verdadero espíritu del art. 1372. No, no es verdad que este artículo rechace *el mandato tácito que resulta del conocimiento y del silencio del dueño.* No es verdad que en este punto el Código Civil haya querido abrogar la máxima romana, ó mejor dicho, la regla de buen sentido: *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.* Si el art. 1372 hubiera entendido que la gestion de negocios de otro con conocimiento de éste era en todos los casos y de una manera

1 Troplong. En la misma obra, págs. 110, 111, 112, 113, 114; núms. 114, 115, 116, 117 y 118.
2 Pág. 117, núm. 121.

general un cuasi-contrato, y no un verdadero contrato de mandato, la legislacion del cuasi-contrato *negotiorum gestorum* ofreceria un caos indigesto y se tendria por necesidad que reformar."

Y luego pregunta á este respecto: "¿Cuál es el sistema de las leyes romanas? Es que la gestion de negocios se debe emprender sin noticia del propietario. ¿Y por qué? Porque esta especie de agencias no puede ser caracterizada con el título de cuasi-contrato, sino en tanto que no hay mandato ni expreso ni tácito; y si el negocio se emprende á la vista y con la ciencia del dueño á quien se refiere la gestion, hay un mandato tácito. ¿Pero esto quiere decir que la ignorancia del dueño debe durar hasta la consumacion del negocio? No. Y muchos textos preven positivamente el caso de este conocimiento superveniente, que no quita á la gestion su naturaleza de cuasi-contrato."

¿"Mas cuándo se concilia el uno con la otra? Un texto de Paulo arroja la luz necesaria sobre esta cuestion: cuando el conocimiento interviene con posterioridad, porque entónces no ha habido mandato que presida á la iniciacion de la empresa, y la gestion se intentó sin el concurso del dueño: *Nam mandati actio non potest competere cum non anteceserit mandatum*. Lo que se debe considerar es la ausencia del dueño, *utilitas absentium*, ó su ignorancia en el orígen de la gestion. Cuando el negocio se ha comenzado sin él y sin su noticia, poco importa que llegue á su conocimiento despues."

"Pues bien, á este conocimiento posterior es al que hace alusion el art. 1372 del Código Civil; no se ocupa de él sino en el sentido de las leyes romanas, es decir, en el sentido de un conocimiento tardío, de un conocimiento que recae sobre hechos gestionados sin mandato *ab initio*; y se trastornarian todos los principios de la materia, si se diera á la frase que lo menciona una inteligencia más lata. Repito, pues, que nada se ha cambiado en nuestra legislacion moderna, ni sobre el mandato tácito ni sobre la gestion de negocios; nuestros textos deben interpretarse por las respetables enseñanzas de la legislacion romana y por las sábias explicaciones de nuestra antigua jurisprudencia. Todas las modificaciones

de que nos hablan ciertos libros modernos, no son más que ilusiones; la verdad es que el mandato tácito tiene el mismo lugar en nuestro Código Civil que en el antiguo derecho." [1]

Y no contento con esto, á mayor abundamiento, para cerrar la discusion, el gran jurisconsulto añade: "Digámoslo de una vez con la jurisprudencia, con los textos legales, con el derecho comun, con el buen sentido, que el mandato tácito tiene, en nuestro derecho moderno, una existencia tan legítima como en el antiguo. Si es cierto que esta clase de mandato está en la naturaleza de las cosas, como lo reconocen los Sres. Delamarre y Lepoitevin, no se puede creer que el Código Civil, que es la razon escrita, haya querido ponerse en contradiccion con esa misma naturaleza de las cosas." [2]

En vista de tan luminosas reflexiones, es preciso reconocer que la Sala ha estado en el terreno de la ley y en los principios, al declarar con todo acuerdo que nuestro art. 2543 no es aplicable al caso de los autos; porque él se refiere á la gestion de negocios, y cuando no ha existido esta gestion, esto es, la gerencia oficiosa, originariamente ignorada del dueño del negocio, y que se inició por su impedimento ó ausencia, sin mandato previo, su conocimiento y disimulo respecto de actos ejecutados en su nombre no puede tener otro carácter que el de un mandato tácito, admitido en nuestra legislacion actual de la misma manera que en la anterior, y sujeto, por tanto, á las reglas del mandato, que declaran nulo y sin eficacia obligatoria al que no se otorga con la solemnidad correspondiente, en negocios cuyo interes es de importancia.

En tal evento, si tales actos llegan á ejercerse, no son más que el abuso de un apoderado intruso, de un mandatario sin poder, que no perjudican ni ligan al interesado y no necesita reprobar para que dejen de surtir efecto, aunque lleguen á su conocimiento; porque de lo contrario bastaria, como dice cuerdamente la Sala, darles el nombre de gestion para burlar el precepto de la ley.

Y no es más racional, ni ménos desacertada la doctrina del recurrente en el párrafo de su escrito que contestamos, sobre que el

1 Troplong, págs. 125, 126, 127, 129, 130 y 131.
2 El mismo, pág. 146, núm. 135.

expresado artículo supone, hasta como indispensable, que el dueño no esté ausente, porque es preciso que no lo esté para que tenga conocimiento de la gestion y no la contradiga. Esta sí es una rara teoría que no se aviene ni con la ley, ni con la doctrina, ni con la razon y la intencion misma de la otra parte, que no deja de incurrir en frecuentísimas contradicciones. En la sentencia están citados los textos del Código y los principios de la jurisprudencia que suponen la necesidad de la ausencia, ó la condicion de impedimento equivalente á ella, para que se pueda admitir la hipótesis del cuasi-contrato de gestion voluntaria, y puedan tener lugar todas las disposiciones relativas á él.

El simple buen sentido, por otra parte, es bastante para comprender que, estando ausente la persona, puede tener noticia de lo que se hace en su nombre sin necesidad de presenciar los hechos, por informes de otros, por cartas ó por cualquiera otro medio, y estar en capacidad para contradecirlos de la misma manera: "*Dummodó cum scientiâ concurrat aliquis actus, ut receptio litterarum et taciturnitas,*" dice Casaregis contrayéndose al caso; y Troplong, que lo cita, añade: "Se percibe muy bien la prudencia de esta observacion; el silencio no es, en efecto, característico, sino en tanto que el que lo guarda ha podido informarse de algun acto que le impusiera de la necesidad de explicarse."[1] Y por lo demás, la simple lectura de los párrafos 2º, 3º y 4º de la demanda del Sr. Noriega, y de las posiciones 4ª, 5ª, 8ª y 11ª, es suficiente para comprobar que el propósito del Sr. Noriega en este juicio ha sido suponer que el conocimiento de la gerencia atribuida á D. Miguel Castillo, lo tuvo el Sr. Flores en la hacienda de Oacalco y no en México.

Por lo que toca á la cuestion de hecho, se nos vuelven á presentar como infringidos los arts. 715, 732 y 728 del Código de Procedimientos de 1880, con la exposicion de hechos que hace en el Considerando la Sala; porque no acepta como probados los que se dice que lo están, con posiciones, testigos y documentos. Y hay que repetir aquí lo que en otra parte se ha dicho: que esas citas vagas

1 Troplong. En la misma obra, pág. 573, núm. 611.

é indefinidas, que no precisan el modo de la infraccion, son inútiles para prosperar en esta clase de recursos; y que la Sala consigna en la sentencia el juicio racional que formó de esos hechos por las mismas pruebas, la conviccion leal y fundada que ellas le produjeron y que debe prevalecer, porque la ley la respeta como independiente y libre de toda rectificacion: "*Cum facti quidem quæstio sit in potestate judicantium, juris autem auctoritas non sit,*"[1] como decia un texto del Digesto.

Aquella exposicion de la Sala no puede ser más fiel. Dice: que Flores no estaba ausente ni impedido para administrar sus bíenes y celebrar el acto de que se trata, á efecto de que pudiera suponerse aquí el caso de gestion; ausente, con ausencia legal en que se ignorara su residencia; ó momentánea, con abandono de negocios que importara amenaza de daño próximo ó urgente. "Para que tenga lugar la administracion de bienes sin órden del dueño (dice una sentencia de casacion), ó lo que es lo mismo, la gestion de negocios, es indispensable que aquellos se hallen abandonados, bien por ausencia ó negligencia de éste, ó bien por su enfermedad ó incapacidad.[2]

Y eso está probado por todas partes en los autos, porque consta que D. José Mª Flores estaba en su hacienda transitoriamente, nada distante de esta Capital, sin que hubiera el menor motivo de apremio ó exigencia para precipitar la celebracion del ruinoso contrato. Y lo prueba además la Sala con la circunstancia que menciona, plenamente justificada con el documento á que igualmente se refiere, que merece fe completa, de que el Sr. Noriega fué desde el principio á entenderse sobre sus proposiciones de compra con el expresado Sr. Flores; siendo, por lo mismo, hasta imposible, como lo observa tambien la misma Sala, ó inexplicable por lo ménos que, obrando aquel de buena fe, excusase tratar directamente con el interesado un negocio que estaba queriendo arreglar con su dependiente.

Y por eso agrega, en efecto, dicha Sala: que la verdad que se

1 Ley 15, tít. 1º, Lib. 50.
2 Pantoja. Repert. de la Jurisp., Apénd. 1º, pág. 16.

descubre en esa conducta, es la malicia con que procedia la otra parte al adoptar el arbitrio de ocurrir, despues de haber tentado el ánimo del Sr. Flores, á su dependiente para que consintiera á nombre de éste en la propuesta que hacia, cuando le constaba que él no tenia voluntad de aceptarla; circunstancia bastante para excluir no sólo el consentimiento presunto, base de la gestion de negocios, sino el consentimiento tácito y toda clase de consentimiento.

La intervencion personal del dueño, aun en el caso de mandato expreso, no digo en el de gestion de negocios, excluye realmente tal consentimiento, produciendo hasta el efecto de la revocacion del mandato. "Para asegurar á ésta toda su legitimidad y toda su energía, basta un simple hecho sin la declaracion de la voluntad, dice el referido Troplong. Supongamos, por ejemplo, que en un negocio que se está tratando por medio de un mandatario, interviene el mandante por sí mismo y entra en relacion directa con el tercero, asumiendo su carácter, resolviendo sobre las dificultades, reformando las proposiciones, etc.; es evidente que esta concurrencia del mandante extingue el poder del mandatario."[1]

Y en cuanto á la gestion de negocios, la desaprobacion del dueño, la desconformidad del modo en que quiere ejercerse, ó su prohibicion para obrar, que todo equivale á lo mismo, impide cualquiera accion que pudiera nacer de ella contra el interesado. "*Prohibitio domini tollit actionem negotiorum gestorum,*" dice Gregorio López en su glosa á la ley 12, tít. 12, Part. 5ª. "Mezclarse en los negocios de otro es una falta, pero entrometerse en ellos contra su voluntad expresa, es una falta que no tiene excusa,"[2] dice Toullier. Y el art. 2539 de nuestro Código Civil corresponde exactamente á estos mismos principios.

¿Qué valen, pues, los supuestos de infracciones imaginarias y vagas, contra la apreciacion de hechos precisos con referencia á pruebas determinadas, que producen los efectos jurídicos que les atribuye la Sala?

1 Du Mandat., pág. 705, núm. 780.
2 Droit civ. Lib. 3º, tít. 4º, cap. 2º, núm. 55, tom. 11º, page 43.

III

Para completar el exámen en el punto relativo á la gestion de negocios, se hace notar en el Considerando 14º de la Sentencia, que hay verdadera incompatibilidad entre el fundamento de la demanda interpuesta, y las pretensiones que se han deducido sobre ese mismo punto de gestion; porque el actor en sus alegaciones, de acuerdo con la primera, ha reputado á Castillo mandatario de Flores, suponiendo que obraba con su autorizacion y exigiendo á éste el cumplimiento de un contrato celebrado por medio de un mandato suyo; idea que está en abierta contrariedad con la gestion de negocios, de la cual es propio y esencial, segun el art. 2533 del Código Civil, que no exista mandato alguno expreso y que los actos del gestor sólo tengan por orígen la oficiosidad.

Confirma la Sala estos principios, ya suficientemente demostrados de antemano por ella, con la doctrina de Molitor, que es la de todos los expositores, y que está sancionada, si más se necesitara, por la jurisprudencia de los Tribunales; pues por sentencia de casacion está de una manera expresa resuelto que, donde existe contrato como lo es el mandato, no puede haber simplemente gestion, que sólo es un cuasi-contrato: "No puede calificarse de convencion la gestion de negocios; pues aunque de ésta nace una obligacion recíproca entre el dueño del negocio y el que ha cuidado de él sin que aquel lo supiera, no es materia de convencion, toda vez que para que ésta tenga lugar es indispensable el mutuo consentimiento de las personas que lo celebran:" "*Et quando mandatum intervenerit, actio negotiorum gestorum cessat.*"[1]

Y lo que es en cuanto á la verdad de hecho, la observacion de la Sala está demostrada por las constancias de los autos; por el es-

1 Pantoja. Obra citada, Apénd. 1º, pág. 108.—Paz. Praxis, tom. 3º, pág. 60, cap. 6º, § 4º, núm. 9.

crito de la misma demanda en sus párrafos 1º y 3º, donde se asienta que D. Miguel Castillo obraba en el negocio como encargado y con autorizacion del Sr. Flores; y por el tenor de las posiciones 1ª, 2ª, 3ª, 6ª y 10ª que articuló el actor, así como de las preguntas concordantes de sus interrogatorios de testigos, que envuelven esta propia suposicion. Habiendo, por tanto, motivo fundado y legal para que la Sala haya hecho mérito de la expresada incompatibilidad que hay entre ese propósito de la accion deducida primitivamente en el juicio, y las alegaciones posteriores apoyadas en el art. 2543 sobre gestion de negocios; supuesto que el art. 43 del Código anterior de Procedimientos rechaza, lo mismo que el 22 del vigente, esa clase de demandas implicatorias, prohibiendo que se deduzcan acciones contrarias en un mismo juicio y sobre la misma cosa que le sirve de materia ú objeto.

Así es que, con tan justa é indeclinable observacion, no pudo violar la Sala, como lo figura la parte contraria, ni los artículos relativos á prueba, que no se citan ya por ésta á cada paso más que de fórmula, cuando el hecho en que aquella se apoya está, como se ve, comprobado; ni el 2543 del Código Civil, cuya inteligencia y efectos quedan ya bien establecidos; ni mucho ménos el 10º de este propio Código, que aquí se vuelve á citar de una manera tan inoportuna é inconducente, como anteriormente se invocó en otra parte; porque la Sala, en el caso de que ahora se trata, no restringe bajo ningun aspecto ese art. 2543, ni introduce ninguna excepcion no expresamente determinada por la ley, que no esté comprendida en su aplicacion.

Ella lo que ha hecho es interpretarlo bajo el punto de vista general de la materia á que se refiere y en que debe aplicarse, segun su texto y su literal tenor; establecer que sus preceptos son relativos á la gestion de negocios, y que de consiguiente no pueden regir tratándose de otra clase de relaciones jurídicas que están fuera de sus disposiciones, no por vía de excepcion, sino por causa de incongruencia y diversidad, que hace que los preceptos legales sólo tengan conducencia y aplicacion respecto de los puntos que están reglamentados por ellos. Y esto no es restringir ni introdu-

cir excepciones, sino fijar la naturaleza y objeto de aquel por medio de una interpretacion demostrativa y declarativa, que ni tal puede llamarse cuando, como en el caso, sólo se pone de manifiesto y se hace comprender cuál es la letra y el explícito tenor de la ley.[1]

Se hace tambien notar en la sentencia que, segun las bases cardinales del sistema establecido por nuestro Código en materia de gestion de negocios, el gestor es quien queda en ella obligado, tanto respecto del dueño como respecto de los terceros con quienes contrata en nombre de éste: que la ratificacion posterior es la que viene á establecer relaciones entre el dueño y el tercero que ha contratado con el gestor, porque es la que produce los efectos de mandato, conforme á los arts. 2535 y 2538; y que de consiguiente no se deben confundir los resultados legales que provienen del precepto de este último artículo, con los que proceden del 2543, que sólo se contrae á las relaciones entre el dueño y el gestor, producidas por el silencio ó consentimiento del primero en la gestion.

Y sobre esto objeta el recurrente que la Sala viola con lo expuesto el mismo artículo 2543, porque en él se ordena que teniendo el dueño conocimiento de la gestion, y no contradiciéndola, se debe entender que la consiente; y este consentimiento equivale á una ratificacion, y sobre todo, lo convierte en principal obligado, sujeto al deber de cumplir el contrato, que cuenta ya, por ministerio de la ley, con tal consentimiento.

Pero apénas se puede concebir que ingenuamente se confundan de tal modo las relaciones jurídicas, y se enuncien por personas expertas y entendidas, ideas tan empíricas.

La distincion que establece la Sala entre las obligaciones nacidas del consentimiento tácito ántes de que termine la gestion, que afectan únicamente al dueño y al gestor, y las que produce la ratificacion posterior expresa, que convierte la gestion en verdadero mandato, ligando ya al dueño respecto de terceros, porque ella consiste en aprobar los actos que primero se habian ejecutado sólo

1 Gutierrez. Lib. 3º Pract. quæst. 17, núm. 40.—Escriche, palabra Interpret., § VI, Reg. 1ª

por oficiosidad, es tan perfectamente legal como racional y científica. Y la Sala la demuestra plenamente con la combinacion que hace de los diferentes artículos á que se refiere del Código.

¿Cómo se quiere que todas las clases de consentimiento produzcan el mismo efecto legal? ¿Cómo se puede pretender que el que induce el silencio ó la taciturnidad, tenga el propio valor y sea de igual eficacia que el voluntario, deliberado y explícito que importa la ratificacion?

El Código distingue muy claramente uno y otro, declarando en el art. 2543 que el primero obliga al dueño para con el gestor, y eso siempre que en la gestion haya habido provecho efectivo, porque sólo en tal caso la tolerencia arguye consentimiento, que no se presume cuando el acto perjudica al que calla: "*sciens et tacens in actu, qui alicujus favorem respicit, habetur pro consentiente; non idem dicendum est in actu, qui in alicujus tacentis tendit præjudicium.*" Miéntras que en el art. 2538 establece que la ratificacion de la gestion producirá el mismo efecto que el mandato expreso, porque ella se retrotrae para obligar al ratificante como si de antemano lo hubiera conferido, y en los términos en que obliga el mismo mandato, esto es, en favor del tercero con quien el mandatario celebró el contrato: "*qui id ratum, quod alius suo nomine gessit, mandati actione obstringitur; ratihabitio enim retrò-traitur et mandato equiparatur.*" [1]

Por lo demás, los principios que reconoce y acepta la sentencia son elementales: "*Igitur* (dice Justiniano en sus Instituciones) *quum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ apellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum qui gessit, directa competit actio; negotiorum autem gestori, contraria.*" [2] Las acciones que nacen de la gestion de negocios, como se ve, son recíprocas sólo entre el gestor y el dueño: *Ultro citroque inter eos nascuntur.*

1 Ley 60, tít. 17, Lib. 50, D.; y Bronchorst en su comentario á la misma ley, con referencia á las demás que allí cita.

2 De Oblig. quæ quasi ex contract III, XXVII, 1.—Mackeldey. Manual de Droit Romain, pages 237 y 238, §§ 488 et 500.

La ratificacion es, como dice la Sala, el acto que viene á establecer relaciones entre los terceros y el dueño. Y la doctrina de los autores, al ilustrar la materia, no deja la menor duda acerca de este punto.

"Para que haya entre dos personas (asienta Molitor) cuasi-contrato de gestion de negocios, se necesitan generalmente tres condiciones: 1ª Que una gestione los negocios de otra: 2ª Que el interesado no haya mandado ni prohibidó la gestion: 3ª Que el gestor haya obrado con la intencion de ser útil al dueño, pero al mismo tiempo que lo haya hecho con la voluntad de obligarló y haya gestionado útilmente. Tales son las circunstancias requeridas para que la *negotiorum gestio* exista en toda su extension, para que se produzcan de una y otra parte las acciones que causa." [1]

Explica en seguida en qué consiste la accion directa, que es la que tiene el dueño contra el gestor, así como todas las consecuencias que entran en su ejercicio. Y refiriéndose despues á la accion contraria, dice: "La accion *negotiorum gestorum* contraria corresponde al gestor: 1º Para exigir del dueño la liberacion de las obligaciones que ha contraído en razon de la gestion; 2º para obtener el reembolso de lo que ha expensado con motivo de ella." [2] Y ya sólo por esto puede verse que quien contrae obligaciones con los terceros, en virtud de la gestion, es el gestor; y que éste es quien tiene el derecho de perseguir al dueño para que las cumpla, librándolo á él de las que ha contraído, cuando procede legalmente porque hayan concurrido en la gestion los requisitos legales.

Pero además, aquel autor lo enseña así claramente, añadiendo por último que: "En general, los actos que el gerente practica con terceras personas, no aprovechan ni obligan directamente al dueño; y por consiguiente los terceros que han contratado con el gestor, no pueden ejercitar contra el dueño las acciones correspondientes para hacerle cumplir los compromisos contraídos por él: de modo que el deudor, por ejemplo, que ha pagado al gestor, no queda

1 Les Obligations. Tom. 2º, page 161, n. 736.
2 Id., page 169, n. 769.

libre *hic et nunc*, sino hasta que el dueño haya ratificado el pago; y si éste no lo ratifica, aquel tendrá contra el gestor la *condictio causa data, causa non secuta, id est, liberatione non secuta.* De la misma manera, si el gestor ha adquirido la posesion de una cosa, sólo por la ratificacion viene á adquirirse ella por el dueño; y si el gestor se ha obligado en cualquiera otra forma, la ratificacion es la única que autoriza á los terceros para intentar contra el dueño las expresadas acciones."[1]

Y entre nuestros antiguos juristas Valenzuela, exponiendo la misma doctrina con toda precision, dice: "*Quando quis ratificat actum gestum ab alio nomine suo, ex ista ratificatione actus gestus per alium incipit ad me pertinere. . . . namque actus gestus nomine meo sine mandato licet non præjudicet mihi, valet tamen in persona facientis, si ego non habeo ratum; in hac ergo ratihabitione per quam agitur quod negotium gestum ab altero pertineat ad nos, consensus ex post facto succedens retrotrahitur.*"[2]

Creo que no se necesita más para justificar á la Sala, en la acertada y exacta exposicion de principios que contiene sobre la materia en cuestion, el Considerando de que se trata. Y para suponer que ha violado en ella los artículos que se mencionan, es preciso soltar la brújula, abandonando por completo el criterio jurídico, para perderse en el caos producido por la confusion y el extravío de las ideas.

Porque, en efecto, la consecuencia que la misma Sala infiere de aquella exposicion, es rectísima, cuando formulándola ya de una manera concreta al caso, establece: que aun cuando en este juicio se tratara de una gestion de negocios, y aun cuando se permitiera que el demandado habia tenido conocimiento de ella y no se habia opuesto, ninguno de cuyos dos hechos es cierto, Noriega no tendría, sin embargo, accion para reclamar á Flores el cumplimiento del contrato; porque la expresada gestion sólo da derechos al tercero contra el gestor, y ninguno otorga al primero contra el dueño del negocio, miéntras no interviene la ratificacion de éste. Consecuen-

1 Id., page 174, núm. 776.—Namur. Cours D'Institutes, tom. 2º, pages 69 et 72, § 278.
2 Consilium 177, núms. 48, 49 et 50.

cia que léjos de constituir la más pequeña infraccion, no es sino la más genuina aplicacion de los referidos artículos."[1]

Lo es del 2535, por el cual se decide que el mandato oficioso ó la administracion voluntaria, á quien hace responsable es al gestor, tanto respecto del dueño como respecto de aquellos con quienes contrata en nombre de él. Lo es del 2543, por cuyo tenor se establece: que el consentimiento presunto producido por el conocimiento que el dueño tiene de la gestion, sin oponerse á ella, obliga á éste; pero sólo para con el gestor y en caso de provecho efectivo. Lo es del 2538, que de entera conformidad con lo que asienta la Sala, únicamente atribuye á la gestion efectos de mayor trascendencia, cuando media la ratificacion; porque únicamente entónces es cuando la convierte en mandato expreso, que es tambien el único carácter que puede hacerla capaz de producir relaciones y vínculos de obligacion entre el dueño del negocio y el tercero. Y lo es, por último, del 1401, que en ningun caso reconoce valor legal ni fuerza obligatoria á los contratos celebrados en nombre de otro, por quien no sea su legítimo representante, si no es que concurra ese mismo requisito de la ratificacion.

Y no equivale á ella el consentimiento que nace de la noticia que el dueño tenga del negocio en la gestion y de su reticencia en no contradecirla, ni pueden equipararse el uno á la otra, como tan ligeramente lo sostiene la otra parte; porque ya se ha visto que esta es una tergiversacion incompatible con las nociones más elementales del derecho sobre la materia, y porque tan extraño modo de discurrir pugnaria hasta con las reglas más vulgares que deben observarse para la aplicacion y recta inteligencia de las leyes;[2] pues que conduciria á suponer que el legislador habia andado superfluo y redundante en dos de los preceptos del Código, á que acabamos de referirnos, disponiendo una misma cosa en los arts. 2538 y 2543, cuando así por el texto literal de esos artículos, como por el sentido natural que ofrecen sus palabras y el espíritu manifiesto que se revela en ellos, aparece bien clara la intencion

1 Pantoja. Obra citada, pág. 62.

2 Gonzalez. Ad Regul., cancell., in § 7, proem., núm. 127, 128 et in glossa 35, núm. 3.

que tuvo de dictarlos como prescripciones diversas entre sí, para que sirvieran en distintos casos, y surtieran efectos diferentes segun las varias hipótesis que en cada uno de los dos están previstas.

Ménos se puede admitir todavía aquella equivalencia entre el silencio ó taciturnidad del dueño del negocio y su ratificacion, para el efecto de suponer que la Sala ha violado al no aceptarla, el art. 1392 del antiguo Código Civil, que es otro de los que se dicen infringidos entre los anteriores que acaban de citarse; pretendiéndose que porque segun ese artículo los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, semejante principio se ha desconocido con no dar al consentimiento presunto de que habla el art. 2543 la importancia de una conformidad explícita, que convierte al dueño del negocio en principal obligado, sujeto por el ministerio de la ley, al deber de cumplir el contrato. Estas son ideas tan erróneas y falsas como las que acaban de combatirse, porque descansan igualmente sobre una base que es del todo arbitraria y no tiene fundamento.

Desde luego, el art. 1392 habla de contratos y del consentimiento verdadero y directo de los interesados, que tratándose de aquellos debe bastar en efecto para perfeccionarlos, segun los dictámenes de la razon filosófica que rige hoy en el derecho sobre la materia de convenciones. Ese artículo no se refiere á cuasi-contratos, como lo es la gestion de negocios que al presente nos ocupa, en los cuales el vínculo de obligacion entre las partes no nace de la voluntad previa y manifiesta de éstas, sino del precepto de la ley que, presumiendo ó infiriendo tal voluntad como consecuencia de ciertos actos, supone que en virtud de ellos se opera una especie de consentimiento que puede llamarse *ficto*, y que no tiene más alcance que el que le da la misma ley, ni surte otros efectos que los que ella determina.[1] Y ya se ha visto que ésta, en el repetido art. 2543, el único efecto que atribuye á este consentimiento presunto, producido por el conocimiento que el dueño tiene del negocio y su no contradiccion, es el de obligar á éste para con el gestor y no respecto del tercero.

1 Vinnii. Comment. Lib. 3º, tít. 28, in princip.—Elucidat ad Instit. á Magro et Beleña, Lib. 3º, tít. 28.

Pero además, el enunciado art. 1392, al sancionar la eficacia del simple consentimiento como título que basta por sí solo para producir obligacion en los contratos, presupone que el vínculo que resulta de tal consentimiento es entre los contratantes y no respecto de terceros; estableciendo además que su efecto es el de obligar á lo expresamente pactado y á las consecuencias que segun su naturaleza son conformes á la ley. Y si en la gestion de negocios no hay pacto expreso, sino solo disposicion de la ley que fija la naturaleza de ese cuasi-contrato, en el ya expresado sentido de limitar las obligaciones nacidas del consentimiento presunto al dueño y al gestor, sin trascendencia alguna para terceras personas, no se comprende á qué puede venir en el caso la citacion de aquel artículo, que es del todo inconducente para que se le pueda considerar infringido. [1]

Aun tratándose de verdaderos contratos, el principio consignado en el mismo artículo, que trae orígen, como ya se ha visto que lo declaran los redactores del Código en su exposicion de motivos, de la ley 1ª, tít. 1º, lib. 10, de la Nov. Rec., nunca ha tenido más importancia que la de reconocer como máxima racional, que la voluntad de las partes es la fuente de las obligaciones convencionales, desterrando de ellas el espíritu de formalismo para que su validez no dependa de vanas solemnidades. Y ya los comentadores de esa ley en los tiempos de su promulgacion enseñaban, con presencia de su tenor, todavía más explícito que el de dicho artículo sobre la fuerza exclusiva del consentimiento para dar vigor á los pactos, que ella no alteraba en nada la naturaleza y esencia de los contratos, ni podia hacer en manera alguna que surtieran distinto efecto del que legalmente les correspondia segun esa misma naturaleza. [2]

Se ve, pues, que la interpretacion que ha dado la Sala á los diversos artículos que hasta aquí se han venido citando, léjos de ser falsa como tan gratuita y ofensivamente la califica la parte contra-

1 Pantoja. Obra citada, págs. 542 y siguientes; Apénd. 1º, pág. 120; 2º, pág. 102; Id. 3º, págs. 132 y 133.

2 Gregorio López. Glosa 3ª á la ley 1ª, tít. 11, Part. 5ª.—Diego Perez. Comment. in Ordinat. reg., Lib. 3º, tít. 8º, Leg. 3ª, tom. 1º, núm. 3; cap. 10º, núm. 23.

ria, no puede ser más legal y acertada.[1] Pero todavía agrega ésta en su escrito: que ateniéndose la misma Sala á tal interpretacion, no se ocupa de examinar si el dueño del negocio tuvo ó no conocimiento de él, violando con esto el art. 606 del Código de Procedimientos vigente; y que por otra parte, no estima como probado dicho conocimiento, con lo cual viola los artículos que con relacion á la confesion y á la prueba deja el recurrente citados en otros lugares, y especialmente el 614 y el 728 del Código de 1880, en lo que son aplicables á la carta presentada por él y al telegrama exhibido por parte del Sr. Flores.

Aquí vuelve el diestro patrono del Sr. Noriega á discurrir bajo supuestos bien poco consecuentes ó inconciliables, y á aparecer implicatorio en los términos, como decian los antiguos lógicos. Porque, si es cierto que la Sala no examina en su sentencia el punto relativo al conocimiento que el Sr. Flores tuvo de la gestion, no puede serlo á la vez que haya calificado la prueba rendida sobre ese punto desestimándola, y de consiguiente que haya infringido los preceptos que hacen referencia á tal prueba. Y por el contrario, si es cierto que aquella ha considerado esta prueba apreciándola, como era necesario para juzgar que no estaba acreditado dicho conocimiento, no se puede decir que dejó de examinarla, ni por consiguiente que violó el art. 606 absteniéndose de decidir sobre algunas de las cuestiones del pleito.

Precisando las ideas, la verdad es que la Sala no ha infringido este artículo; porque terminantemente declara que no es exacto que el Sr. Flores dejara de oponerse á la gestion despues de que tuvo conocimiento de ella. Y para demostrar que al emitir este juicio tampoco ha infringido, sino ántes bien aplicado con toda rectitud los artículos que se citan relativos á la materia de prueba, basta referir las constancias de autos que justifican la oposicion expresa que el Sr. Flores hizo al convenio, tal como se supone celebrado como gestor oficioso por el Sr. Castillo, tan luego como llegó á su noticia.

1 Pantoja. Obra citada, pág. 62; Apénd. 1º, pág. 121.

Esas constancias son: 1ª La posicion 11ª, que es la que sirve de fundamento al recurrente para sostener que dicho señor no se opuso á la gestion, y cuyo tenor es el siguiente: "Diga como es cierto que tuvo conocimiento de este contrato y estuvo conforme con él." 2ª Las posiciones 4ª y 5ª, que dicen: "Como es cierto que el mencionado mes de Febrero (de 1882) pasé personalmente á la hacienda de Oacalco en compañía del corredor D. Manuel Gallegos, á examinar las clases de azúcar de la hacienda mencionada:" "Como es cierto que le entregué una carta del encargado de su casa D. Miguel Castillo, en que le manifestaba que iba yo á reconocer el azúcar, por tener pendiente con él un contrato sobre compra de 25,000 arrobas de diversas clases." 3ª La posicion 7ª, que es ésta: "Como es cierto que me dirigió á la hacienda de San Cárlos, la carta que acompañé á la demanda, la que se le pondrá de manifiesto para que la reconozca." La carta de que se habla es la expresada á que se refiere el recurrente en su escrito de casacion, cuyo contexto es como sigue: "Hacienda de Oacalco, Febrero 26 de 1882.—Muy señor mio y amigo.—Aunque no tengo ningun contrato de azúcar celebrado, sí me han hecho varios pedidos. Por este motivo y calculando el 6 % de descuento, sólo me convendria vender los frutos de la presente zafra, y en la puerta de la hacienda, á los precios siguientes (los mismos que aparecen del borrador del proyectado contrato, puesta el azúcar en la garita de México). Y á cuyos precios, si á vd. le conviene, no tengo ningun inconveniente en celebrar el contrato de lo que solicita.—Esta ocasion me proporciona por segunda vez, ser su atento S. Q. S. M. B.—*José María Flores.*" 4º La posicion 9ª que dice: "Como es cierto que á fines de Febrero puso un telegrama al encargado de su casa D. Miguel Castillo, diciéndole: Noriega estuvo aquí; le pedí precios de 13 á 17 reales en la hacienda. No se deje sorprender." Y este es el telegrama que el recurrente menciona en dicho escrito, como exhibido por el Sr. Flores; el cual firmado por él, fechado en Yautepec á 27 de Febrero de 1882, y recibido en México el mismo dia á las 12 horas y 30 minutos de la mañana, fué confrontado á solicitud del mismo Sr. Flores en la Oficina telegráfica de esta Capi-

tal, para que quedara comprobada su autenticidad, segun aparece de la diligencia respectiva.

De tales datos resulta: que el hecho que se afirma en la expresada posicion 11ª es falso, y su falsedad está plenamente comprobada por las afirmaciones que contienen las otras cuatro posiciones referidas, y por los documentos de que se hace mérito en las dos últimas de éstas; pues de la 4ª y 5ª aparece: que D. José María Flores tuvo conocimiento del proyecto de contrato propalado en México, por la noticia que le dió el Sr. Noriega, cuando fué á la hacienda de Oacalco con motivo de ese negocio en el mes de Febrero de 1882; y aparece igualmente, por la 7ª y la 9ª, que tan luego como lo supo, manifestó su desconformidad con él, expresando al mismo Sr. Noriega, en la carta ántes inserta, con referencia á lo que ántes le habia dicho ya de palabra, que sólo podia contratar bajo las bases que le propone en ella, diversas de las que se habian proyectado en México; y participando en seguida á D. Miguel Castillo, por medio del despacho telegráfico que tambien queda anteriormente copiado, cuáles eran esas bases, con advertencia de que no aceptara otras.

Luego los preceptos relativos á la confesion del Código de Procedimientos que se cita, y que sin embargo no se especifican sino que sólo se mencionan en globo y vagamente,[1] en nada favorecen á la intencion de la otra parte, y sí fundan sólidamente el concepto de la Sala; puesto que, aunque se dió por absuelta afirmativamente la repetida posicion 11ª, y esta confesion ficta constituye prueba conforme al art. 715 del dicho Código, ella sólo tiene el carácter de una presuncion legal que, como todas las presunciones, cede á la verdad y queda desvanecida cuando se destruye con otra prueba en contrario, con arreglo á los arts. 703, 706, 707, 716 y 744 de ese mismo Código.[2] Y si esto es cierto, la falsedad del hecho consignado en esa posicion se halla perfectamente establecida; puesto que la confesion verdadera debe prevalecer sobre la ficta, desvir-

1 Pantoja, págs. 150 y 151; Apénd. 1º, pág. 121; 2º, pág. 102; 3º, pág. 131.
2 Gregorio López en la glosa penúlt. á la ley 115, tít. 18, Part. 3ª—García: de Nobilit. prob.; glosa 4ª, núms. 16 y 32.—Ley 57, D., de Jur. dot.

tuándola completamente segun el art. 712, y es confesion verdadera y expresa, segun los arts. 599 y 675, la que otorga el articulante respecto de los hechos que afirma en las posiciones, contra la cual no se puede admitir ni aun prueba en contrario.

Otro tanto debe decirse de los arts. 614 y 728 relativos á la prueba de documentos, que tampoco aprovechan en nada al recurrente, y mal los puede invocar como infringidos, cuando arguyen precisamente en contra de su propósito. Porque, fuera de que la carta y el telegrama ya relacionados se comprenden tambien en las afirmaciones emitidas por el articulante en dichas posiciones, y los hechos contenidos en esos documentos están, por lo mismo, confesados por él: "*Producens scripturam censetur, eo ipso fateri omnia in ea contenta;*[1] el primero de ellos, la carta, fué presentada por el Sr. Noriega con su escrito de demanda, y en tal virtud, prueba plenamente en su contra conforme al citado art. 728; y el segundo, el telegrama, que fué presentado por el Sr. Flores, léjos de haberse objetado por el demandante, se ha reconocido por él y quedó convertido en documento auténtico mediante la referida diligencia practicada para su confrontacion; constituyendo, por lo mismo, en contra del Sr. Noriega y en favor del Sr. Flores una prueba plena, al tenor de lo que disponen el art. 614, que tambien se cita, y los arts. 602, 604 y 720 del repetido Código de Procedimientos.

De manera, que á no ser arrogándose la parte contraria el derecho de considerar los preceptos del Código como leyes de privilegio, dictadas exclusivamente en beneficio de ella, y como palabras vanas y vacías de todo sentido cuando se invocan por las partes contra quienes litiga; no hay términos para considerar violados los anteriores artículos, con presencia de los cuales y ateniéndose á sus terminantes disposiciones, ha decidido la Sala cuál es la verdad de los hechos que se versan en este negocio con respecto al punto en cuestion, y cómo son falsas las suposiciones que el recurrente asienta respecto de ellos.

1 Dumoulin, citado por Solon en su referido tratado sobre la nulidad de las convenciones, tom. 2º, pág. 407, núm. 442.

IV

En los demás Considerandos enumerados, correspondientes á la cuestion de que se trata en la parte que nos ocupa de este informe, la sentencia entra ya á examinar directamente el punto de *ratificacion;* para ver si siendo, como son, notoriamente inaplicables, segun queda anteriormente demostrado, los preceptos relativos á gestion de negocios, cabria invocar más oportunamente aquí el art. 1401 del Código Civil, que declara nulos los contratos celebrados á nombre de otro sin su representacion, á no ser que se ratifiquen por el interesado. Y á este respecto expone: que este artículo no tiene tal alcance que comprenda aun los casos á que se refieren los arts. 2484 y 2486, esto es, los contratos cuyo interes exceda de la importancia y valor que ellos expresan; pero aunque lo tuviera, la ratificacion debe ser tan clara é inequívoca como el mismo consentimiento que deberia dar el interesado si contratara personalmente, conforme á los demás artículos que cita del mismo Código; y en autos, léjos de estar justificado que Flores de palabra ó por escrito ratificara el contrato de venta de azúcar á Noriega, aparece con toda evidencia demostrado lo contrario.

El Considerando que contiene las anteriores observaciones es el 15º; y la Sala, al expresarse así en él, sigue invariablemente colocada en el terreno del derecho, sosteniendo los más sólidos principios legales.

Efectivamente, es incuestionable que la ratificacion exigida por el indicado art. 1401, como medio de convalidar la falta de personalidad en la celebracion de los contratos, no cabe en los casos de los arts. 2484 y 2486, que requieren el otorgamiento de poder en forma para que se pueda contratar válidamente á nombre de tercero. Y así es conforme al sentimiento del legislador, declarado por los autores del Código en su exposicion de motivos, en la cual advierten, refiriéndose al capítulo donde se halla comprendido aquel

mismo artículo: que "él no contiene más que los principios comunes de la jurisprudencia." Pues difícilmente hay un principio más reconocido y más uniformemente asentado, que ese que establece la Sala respecto de la ratificacion.

Lo enseña desde luego Godofredo en sus notas á las leyes del Digesto, en las que refiriéndose á la regla del derecho que sanciona el valor que aquella tiene de mandato, dice: "*Nisi mandatum pro forma per legem, vel statum requiratur; tunc enim non sufficit ratihabitio.*" Salgado reproduce tambien esta misma doctrina: "*Quando nullitas actus pendet ex defectu solemnitatis juris, consensus partis, aut ratificatio superveniens nihil operatur; cum defectus non pendeat a solo partis consensu.... quia illi actus invalidi possunt ratificari per consensum supervenientem, quando ex eo solo sunt nulli ob defectum hujusmodi consensus domini; at quando actus est nullus non solum ex defectu consensus, sed ex defectu solemnitatis a jure requisitæ, tunc ut novus operetur consensus, debent in hoc, et in ratificatione concurrere, et adhiberi illæ omnes solemnitates, et requisita a jure, vel ab homine ordinata ad illum actum perficiendum, quia hoc casu iste actus non retrotrahitur, nec valet ex tunc, sed ex nunc a tempore ratificationis solemniter factæ.*" [1]

Otro tanto establecen Ciriaco, Graciano, Riccio y todos los intérpretes, cuya doctrina unánime sobre este punto no deja todavía de profesarse por los jurisconsultos modernos. [2] "No se puede confirmar ó ratificar (dice Solon en su interesante tratado sobre la nulidad de las convenciones), sino lo que realmente existe, aunque carezca de fuerza. De consiguiente, no son susceptibles de ratificacion más que los actos que pueden existir miéntras no son impugnados, y que producen una accion aunque ella pueda ser destruida por una excepcion. Pero un acto que está privado de existencia por causa de nulidad, una convencion, por ejemplo, viciosa en una de sus condiciones esenciales, *un contrato solemne que no se ha otorgado en debida forma*, no producen accion ni pueden ratificarse,

1 Gothofredus, in leg. 60, Lib. 50, tít. 17, D., not. 26.—Salgado, Labyrint. credit., Part. 2ª, cap. 10º, núms. 52 y 58.

2 Ciriaco. Controv. 452, núms. 15, 31 y 32.—Graciano. Discept., cap. 933, núms. 15 á 17; cap. 981, núm. 44.—Riccio, part. 7ª, collect. 2948.

y hay que hacerlos de nuevo: "*Quod nullum est non potest confirmari.*" Esto es tan cierto y tan racional, que los legisladores mismos han explicado en ese sentido las disposiciones del art. 1338 (del Cód. de Napoleon). El Ciudadano Jaubert decia en su exposicion al Tribunado sobre el cap. 4º del título de las obligaciones: "Es una idea perfectamente verdadera y sencilla la de que no se pueden confirmar y ratificar, de ninguna manera, aquellas supuestas convenciones cuya existencia nunca ha reconocido la ley. Y los Ciudadanos Favard de Langlade y Mouricault, en los discursos que pronunciaron, el uno en el Cuerpo Legislativo y el otro en el mismo Tribunado, se expresaron en el propio sentido." [1]

En otra parte, refiriéndose á tal ó cual opinion errónea emitida sobre esta materia, agrega: "Ya lo hemos dicho y no cesarémos de repetirlo; lo que es nulo no puede ser confirmado. Podrá reponerse por las partes, pero entónces la renuncia que hacen á la nulidad de que podian prevalerse, es el resultado de una nueva resolucion que nada toma del acto primitivo y que no tiene ninguna analogía con la ratificacion propiamente dicha; este acto nuevo debe efectuarse *en su forma legal* y legitimarse con la causa que ha servido de título para consentirlo." [2]

Así es, que la teoría expuesta sobre el carácter de la ratificacion, es hoy idéntica á la que siempre se ha profesado, conservándose inalterable en la jurisprudencia. Y todavía es de advertir que entre nosotros, el legislador ha explicado el referido artículo 1401 en el mismo sentido que lo fué, como se ha visto el concordante del Código frances, segun la nueva forma de redaccion que para aclararlo se dió al art. 1285, que corresponde á aquel en el Código reformado, respecto del cual dice el Secretario de la Comision reformadora en sus notas: "Siendo la ratificacion el verdadero contrato, en el caso que prevé este artículo, fué adicionado con el precepto de que, para ser válida, debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato ratificado exija la ley." [3]

1 Théorie sur le nullité, tom. 2º, page 293, ns. 334 et 336.
2 Id., page 327, n. 362.
3 Datos para el estudio del nuevo Código Civil, pág. 80.

Pero la Sala todavía permite que no se necesitaran en el caso formas determinadas para la ratificacion, como las exige la ley para el mandato que al principio debió haber intervenido en la celebracion del convenio. Y sin embargo decide con incontestable razon que, en vez de aparecer justificado que ese contrato se ratificara por la parte interesada, está demostrado con toda evidencia lo contrario; sin que haya el menor pretexto para reprocharle que con esto ha infringido los arts. 715, 732, 728 y 614 del citado Código de Procedimientos de 1880, que otra vez se suponen violados, porque contra el tenor de estas disposiciones, segun se dice, no admite aquella como probados los hechos materia de la confesion, de la prueba testimonial y de la prueba documental.

Mas como ni se expresa aquí en qué concepto lo han sido, y la Sala, limitándose en este considerando á emitir de una manera general su juicio sobre esas diversas pruebas, no hace aplicacion particular de ellas al punto en cuestion, sino en los Considerandos siguientes, en éstos nos ocuparémos sucesivamente de todas esas supuestas infracciones que, como las ya examinadas, no tienen la menor apariencia de razon.

V

En el Considerando 16º se marcan específicamente todas las constancias que contradicen la confesion ficta y destruyen por completo el valor de esta supuesta prueba, invocada para justificar la ratificacion con referencia á la posicion 11ª de que ya se ha hecho mérito, y por la cual se dice que está acreditada, como ántes se habia sostenido tambien que lo estaba con ella el conocimiento del Sr. Flores y su no oposicion al contrato.

La Sala patentiza en dicho Considerando cómo es hasta imposible y absurdo, ahora como ántes, considerar probada semejante ratificacion por la conjetura ó inferencia legal que se saca de aquella posicion, por haber recaído sobre ella una declaracion de con-

feso; cuando contra este dato, puramente presuntivo y cuya fuerza probatoria se puede desvirtuar conforme á la ley, obran la carta y despacho telegráfico examinados en el Considerando anterior, que excluyen la expresada ratificacion, porque demuestran que el interesado reprobó el pretendido convenio, y lo demuestran con la evidencia que producen las pruebas plenas, como lo son esos documentos robustecidos por la confesion expresa de la parte contraria.

De consiguiente, volver de nuevo con este motivo á acusar á la Sala de que ha cometido infracciones, y de que los preceptos á que se ha contravenido por ella son precisamente los relativos al valor probatorio de la misma confesion ficta, de los documentos presentados ó admitidos por las partes, y de las actuaciones judiciales donde tales constancias están consignadas, que dicha Sala ha tenido presentes y ha apreciado como lo debia hacer legalmente, para establecer los hechos que asienta, segun el resultado que ofrecen tales pruebas, es una preocupacion lamentable, ó revela el propósito de causarla en el ánimo de este respetable Tribunal, ofuscando su espíritu á fuerza de obstinadas repeticiones. Es tanto como convertir lo que la misma ley no reputa más que una mera ficcion en una especie de talisman milagroso, que puede hacer falso lo verdadero y verdadero lo falso; desconocer las reglas del criterio moral y el principio de reciprocidad en los juicios, que dan á la prueba igual eficacia para obrar respecto de las dos partes que intervienen en ellos, é identifican en eso, como en todo, la condicion de éstas; pretender, en fin, que cerremos los ojos á la luz, para no percibir en los autos lo que en ellos consta de una manera accesible al imperio de los sentidos: que perturbemos la accion de éstos para ver los objetos torcidos; y que nuestra inteligencia sea víctima de una mistificacion cabalística, original y especiosa.

Semejantes cargos no se pueden hacer sino sosteniendo paradojas é incurriendo en verdaderas hipérboles. Porque, si algo está demostrado hasta la evidencia en el fallo, es el juicio emitido por la Sala en la materia de que se habla, que despues de haber sido fundado por ella directamente con todas las indicadas pruebas, lo robustece todavía más con una série de inducciones lógicas, de esas

que descansan en la consecuencia natural y necesaria de los hechos y que producen un convencimiento inflexible.[1] Pues, refiriéndose á fechas ciertas y enteramente precisas, observa: que segun lo afirma el Sr. Noriega, D. José María Flores no tuvo noticia del contrato hasta el 26 de Febrero de 1882, y ántes no pudo, por lo mismo, ratificar un acto que no conocia, *"nihil enim volitum, quin præcognitum:"* que de esa fecha del 26 y del 27, son nada ménos la carta y el telegrama en que consta su resistencia y reprobacion para que se celebrara aquel, en los términos que se supone ajustado con D. Miguel Castillo, *"et cessat conjectura ratificationis extante voluntate in contrarium;"* y que despues de esos dias, desde el 28 hasta la fecha en que se entabló la demanda, no era ya posible la pretendida ratificacion; porque el mismo Sr. Noriega asegura que el 27 se negó Castillo á firmar el contrato, cabalmente por haber recibido dicho telegrama, que le dió á conocer la desconformidad del Sr. Flores con él. Deduccion que tambien es irrefragable y perfectamente legítima: *"Quando enim post improbationem mutatur voluntas per eum, qui actum gerit, tunc subsequens ratificatio nihil relevat."*[2]

Esto, permitiendo que apareciera algun acto de ratificacion del Sr. Flores, posterior al arrepentimiento de Castillo; porque no se hace mérito de ninguno, ni pudo haber tenido lugar, cuando ya faltaba en ese tiempo todo objeto sobre que pudiera recaer la voluntad del interesado en ratificar. "La fuente del derecho de las partes (dice sobre esto Solon) está únicamente en el primer acto, y el confirmatorio posterior es el que hace ese derecho irrevocable; el primero le da orígen, y el segundo fuerza y accion. Resulta de aquí que el acto ratificado y el de ratificacion son correlativos, y forman dos hechos ligados entre sí que en conjunto constituyen el título. De suerte que no es posible separarlos; porque sin el primero, el segundo carece de objeto y no se puede concebir, y sin el segundo, el primero no tiene vigor."

1 Toullier. Droit civil, Lib. 3º, tit. 3º, cap. 6º, secc. 3ª, tom. 10, page 21, n. 23.—Bonnier. Traité des Preuves, tom. 2º, page 384, n. 808

2 Salgado. Labyrint. Part. 2ª, cap. 10, núm. 20.—Valeron. De Transact., tít. 6º, núm. 25.—Graciano. Dicept. cap. 92, núm. 40.

"Despues de haber explicado los efectos de la reprobacion que se da á un acto por aquel que ha debido concurrir á él, nos resta ahora hablar del caso en que esa aprobacion no puede tener lugar, por no haberse otorgado en tiempo útil. O en otros términos, aclarar cómo se entienda la regla que Mornac ha tomado de la ley 16, § 1º, ff. de pign. Se necesita, dice, *ut duo extrema sint habilia.* Lo cual significa que es necesario que en el momento de ejecutar el acto, haya medio de consentirlo válidamente, y que las cosas permanezcan íntegras cuando se otorga la ratificacion; porque si falta cualquiera de estas condiciones, la ratificacion no tiene objeto." [1]

El caso no puede estar mejor caracterizado de lo que lo está por estás doctrinas, tratándose, como se trata, de considerar ratificado un convenio por el principal, despues de que faltaba ya el consentimiento del que se supone haber procedido á celebrarlo sin representacion legítima. Y á este propósito debo agregar, aunque no sea más que de paso, que aunque la Sala tiene en cuenta como méritos que justifican la resistencia de D. Miguel Castillo á firmar el proyecto de dicho convenio, los testimonios de Santin y del Lic. Noriega, tampoco se le puede imputar por ello ninguna infraccion; porque ni esas declaraciones son necesarias para comprobar aquel hecho, que está acreditado por la asercion misma del actor en su escrito de demanda; ni son fundadas las objeciones que se hacen á los expresados testigos, cuyo testimonio ya se ha visto que es enteramente irreprochable y digno de fe; ni son atendibles las referencias que sobre este punto se hacen de preceptos violados, como está suficientemente demostrado en otro lugar.

Lo que sí merece atenderse y está de completo acuerdo con los principios del derecho, es la otra consecuencia que establece la Sala, entre las deducciones lógicas de que ántes hemos hablado; y es la de que, aunque no estuviera tan plenamente probada como lo está la desconformidad de D. José María Flores en tratar, cuando habló con D. Remigio Noriega en Oacalco, cuando le escribió á la hacienda de San Cárlos y cuando dirigió á Castillo el telegrama,

1 Obra citada, tom. 2º, pág. 254, núm. 295; y pág. 279, núm. 325.

de la manera en que se supone haberse estado contratando con éste; hay, sin embargo, una circunstancia decisiva que excluye la ratificacion, porque es inadmisible que ésta pudiera haber recaído por parte de aquel, cuando en ninguno de los tres estados del negocio que poco ántes acaban de mencionarse, aparece que hubiera sido informado del asunto, en los términos en que era necesario para prestarle su conformidad aprobándolo, esto es, con amplio conocimiento de todas las circunstancias y pormenores con que se proyectaba celebrar ó se habia celebrado.

En autos, los únicos datos que se encuentran sobre esto, son los ministrados por el actor en su escrito de demanda y en sus interrogatorios y posiciones, de los cuales sólo resulta: que el primer aviso que tuvo el Sr. Flores, por la carta de Castillo que D. Remigio le llevó en su viaje á Oacalco, fué el muy vago de que entre estos dos últimos habia pendiente un contrato sobre compra de 25,000 arrobas de azúcar, segun lo que expresa la posicion 5ª: que en la conferencia que el mismo Noriega tuvo en Oacalco con Flores hablándole sobre precios, apénas le indicó que en México le daban el azúcar á otros menores de los que él pretendia, como lo expresa la posicion 8ª; y aun los términos del propio telegrama están revelando la incertidumbre y vaguedad de las noticias del Sr. Flores sobre el particular; porque despues de participarle á Castillo los precios que él habia pedido, no puede agregarle más instruccion que la de que no se deje sorprender, por cuya frase se comprende que ignoraba en qué condiciones se queria celebrar el contrato proyectado con él. Porque, en efecto, todo da á conocer que el sistema del Sr. Noriega en este negocio, fué siempre de precauciones con el Sr. Flores, de estudiada abstencion y de reticencias.

Sin embargo, el derecho es que no habiendo aquella ciencia y aquel conocimiento circunstanciado del hecho por parte del interesado, no cabe ni hay demostraciones capaces de fundar la existencia de la ratificacion: "*Ita tamen ut ratificans certus sit de causa, ex qua nullitas contractus, et defectus proveniat, alias si conscius, et certus non sit, etiam per mille actus inducentes approbationem, et ratificationem, ratificatio non induceretur, nec actus convaleseret,*

nec validatur; atque ideo consensus deficit, deficiente certitudime."—"Quia illa (specifica scientia) est probanda cum omnibus suis qualitatibus, ad hoc, ut ratificatio tacita operetur, cum ratificatio non extendatur ad ignorata. Máxime, quia nunquam scientia præsumta sufficit, nec aliquid operatur ad effectum ratificationis, quando inde sequeretur aliquod præjudicium ratificanti, sed debet esse scientia certa, cum omnibus qualitatibus, et circunstantiis.... Et dominus non præsumitur scire ea, quæ sui agentes, et procuratores faciunt.—"Ratificatio non valet si claram et specifican scientiam excessus non habuerit ratificans." Tales son las doctrinas de los autores. [1]

VI

Tampoco es justa y atendible la censura que se hace de la sentencia, por lo que toca á la calificacion que ella contiene en el Considerando 17º de la prueba testimonial, relativamente á dicho punto de la ratificacion; porque el juicio emitido por la Sala acerca de la ineptitud de esa prueba para justificar el hecho á este respecto, es igualmente fundado al que formó sobre las otras que quedan en su lugar examinadas.

Sin repetir aquí, porque seria ocioso y redundante, lo que á su tiempo hemos expuesto sobre las tachas personales de aquellos testigos, y los gravísimos vicios que afectan en su esencia la fe de sus declaraciones; sobre el sentimiento unánime de desconfianza que justamente ha inspirado siempre esa prueba; y sobre la discrecion ó arbitrio que con razon concede la ley á los Tribunales para estimarla segun su criterio, de una manera independiente y que pone á salvo su juicio de toda revision al decidirse sobre el recurso que ha sido interpuesto, basta sólo atenerse en concreto á lo que sobre esto dice directamente la Sala, para persuadirnos de la justificacion con que ha obrado.

Ello se reduce, en resúmen, á que de los cinco testigos exami-

1 Salgado. Labyrint., Part. 2ª, cap. 10, núm. 20.—Graciano. Dicept., cap. 752, números 16 á 19.

nados, sólo tres afirman el contenido de las preguntas concordantes de la posicion 11ª relativas á la ratificacion; el corredor Guinchard, interesado en el negocio que declaró con notables inexactitudes, poniéndose en discrepancia con las constancias de los autos; y los hermanos Barrios, que se han distinguido en sus deposiciones por el humilde y pasivo laconismo con que han afirmado todas y cada una de las preguntas que se les han hecho, respecto de un negocio extraño para ellos y del que, sin embargo, se muestran perfectamente impuestos accidentalmente y sólo de ocasion. En el punto de que se trata es sobre todo remarcable, más que en cualquiera otro de los comprendidos en los interrogatorios respectivos, que el hecho á que sus testimonios se refieren, estaba fuera de su alcance y no pudo caer directamente bajo su conocimiento; porque consiste en la ratificacion del Sr. Flores dada por él al contrato de Castillo cuando estaba ausente de esta Capital, en su hacienda de Cacalco. Y en consecuencia, es inevitablemente necesario suponer, á falta de toda explicacion que no dan sobre la manera con que tuvieron noticia de ella y de sus circunstancias, que sólo pudieron saberla por informes ajenos, y declaran, por tanto, con relacion á otras personas. Luego sus testimonios son de oídas sobre el particular, y reunen este defecto á todos los demás que los invalidan y los hacen indignos de fe completamente.

Qué más se quiere, pues, para legitimar la calificacion de la Sala sobre la ineptitud de esa prueba como medio de establecer el hecho de la expresada ratificacion. Claro es á toda luz, y es preciso reconocerlo, que ella es incapaz de producir la menor conviccion en el ánimo judicial, apreciándola segun el criterio que suministra el art. 740 del Código de Procedimientos; que lo es igualmente, si se le juzga conforme á los preceptos del art. 732, que ha sido, como el anterior, exactamente aplicado en la sentencia, en lugar de haberse infringido. Y que por lo mismo la Sala, al no considerar obligatorio el referido contrato, por ser nulo conforme al art. 1401 del Código Civil, en virtud de no haberse justificado que recayera sobre él la ratificacion que exige el precepto legal, léjos de violar este artículo lo ha observado y cumplido.

VII

El Considerando 18º está destinado á desarrollar con más amplitud la demostracion que contiene el 16º, á que se ha hecho ya referencia, fundada en el enlace natural de las cosas y en las inducciones precisas á que dan lugar las circunstancias de tiempo, así como los actos anteriores, concomitantes y subsecuentes al pacto en cuestion; insistiendo sobre esto principalmente la Sala, en la base ó principio de que la ratificacion de un contrato celebrado á nombre de otro, sin personalidad, tiene que ser forzosamente posterior al acto que se ratifica, como lo deciden con toda claridad los varios textos legales que cita; y en que esa ratificacion posterior, no sólo no está probada, como se ha visto, sino que ni era posible que se hubiera prestado, supuesta la existencia de este juicio, debida á la resistencia del Sr. Flores al cumplimiento del convenio, que excluye por completo el concepto de tal ratificacion.

Y el argumento es tan perentorio, que no encuentra otro medio de impugnarlo el recurrente en su escrito, más que el de mistificarnos de nuevo con la ficcion de la ley en el art. 715, infringido con esto por la Sala, otra vez, porque no se estima probado el hecho sobre que se declaró confeso al Sr. Flores en la citada posicion 11ª, de que tuvo conocimiento del contrato y estuvo conforme con él. Y agrega aquel que es evidente, segun lo que debe inferirse de esta confesion ficta, que la ratificacion fué posterior á la celebracion del mismo contrato; puesto que para que hubiera esa conformidad, era indispensable que el acto existiera ántes.

Es decir que, contra la evidencia de los hechos, no tiene la parte contraria otros recursos que oponer más que el paralogismo, la sutileza y siempre la ficcion. Pero este modo de raciocinar nada prueba, porque el argumento es vicioso; pues lo que la Sala impugna precisamente, es la verdad de la confesion ficta; lo que ca-

balmente sostiene es que, aunque de ella pudiera inferirse el concepto de haber mediado la ratificacion posterior por parte de Flores, este concepto es falso, en cuyo caso la confesion ya no tiene valor conforme á la ley; y es falso porque no es posible que tal ratificacion interviniera, cuya circunstancia es la mayor demostracion que puede darse de la falsedad de una cosa.

Mas ¿cómo prueba la Sala que no ha sido posible el consentimiento del Sr. Flores, ratificando el contrato con posterioridad á su celebracion? De una manera indubitable, y con una evidencia y una claridad que deslumbran. Con la lógica irresistible de los hechos, que reflejan esa verdad en la conciencia de la otra parte, y la reflejan tambien en las consecuencias que de ellos se derivan.

Porque, como aquella lo observa, el mismo recurrente, invocando ántes la aplicacion del art. 2543 del antiguo Código Civil, para tener como consentido el contrato por parte del Sr. Flores, en virtud del concepto que resulta de la repetida posicion 11ª, ha pretendido justificar que su conformidad con él fué ántes de que terminara el negocio, como lo supone ese artículo; y en consecuencia, no ha podido ser posterior al acto, ó aquel tiene que aparecer inconsecuente en las hipótesis contradictorias que sostiene. Y porque en el hecho de que el recurrente tambien demandara al Sr. Flores para que se le obligase á ejecutar el convenio, porque se negaba á cumplirlo, está demostrada la imposibilidad de haberse conformado con él aprobándolo.

Y porque, por otra parte, si ántes de la fecha en que éste se dice celebrado, no cabia ratificacion de un acto que no existia; si en esa fecha consta por documentos fehacientes que hubo manifestaciones de resistencia y de prohibicion, en vez de conformidad; y si despues, por esta misma renuencia del interesado, aparece que el que tomaba su nombre para contratar se abstuvo ya definitivamente de hacerlo, sin que volviera á hablarse más del negocio; es claro, clarísimo, que ha sido imposible en el caso todo supuesto de ratificacion por falta de acto que ratificar; al grado de que cualquiera consentimiento que quiera fingirse ó presumirse por parte del Sr. Flores en este negocio, no ha podido ser ratificacion sino

contrato diferente y directo entre él y el tercero, que tampoco puede ser materia de este juicio ni se puede considerar en el fallo, porque no fué objeto de la accion intentada: "*Quare mérito iste consensus superveniens non operatur, nec pacto potest convalidari per retrohabitionem, sed ita demum operabitur, si partes, quæ prius passæ sunt, essent præsentes, ita ut tempore consensus novum saltem, et tacitum pactum indicetur argumento.*"[1]

Por lo demás, la Sala no asienta en ninguna parte de este Considerando, que la ratificacion para que valga ha de ser expresa, como se le atribuye. En la teoría de la parte contraria, sostenida ántes en su escrito, de que nuestra legislacion actual ha proscrito el mandato tácito, seria tambien notoriamente inadmisible esta clase de ratificacion, que vendria á constituir el medio de eludir la necesidad impuesta por la ley en tal sistema, de contratar sólo en virtud de mandato ó de poder expreso. Mas la sentencia nada dice sobre el particular, y de consiguiente no ha podido infringir los arts. 1401, 1792 y 1403 del antiguo Código Civil, que se suponen violados bajo esta hipótesis ó suposicion.[2]

Lo que sí se debe decir, sin quebrantar tampoco esos artículos, es: que la ratificacion tácita, que acepta y reconoce nuestro Código, no puede tener lugar ni basta para legitimar el contrato en el caso de sus arts. 2484 y 2486, en que exige precisamente el otorgamiento de mandato en forma para que valga el convenio; por la razon expresada de que las leyes resisten toda inteligencia ó interpretacion que pueda eludirlas y burlar sus disposiciones.[3]

Y esto no es incompatible, sino ántes bien muy conciliable con el primero de dichos artículos, esto es, con el 1401, aunque éste no haya fijado las condiciones con que se ha de hacer la ratificacion; porque ya se ha visto que su texto contiene un precepto general que debe entenderse en el sentido de los principios comunes del derecho, explicado despues por el mismo legislador, es decir, en el concepto de que la ratificacion ha de efectuarse con las mis-

1 Art. 605 y fracc. 2ª del 711 del Cód. de Proc.—Graciano. Dicept., cap. 470, nº 24.
2 Pantoja. Obra citada, págs. 552, 877, 880, 889, 892, 893; Apénd. 2º, pág. 33.
3 Decio, citado por Solon en su tratado sobre la nulidad, tom. 1º, pág. 13, núm. 23.

mas formalidades que para el contrato exige la ley. No es incompatible tampoco con el segundo, ó sea el 1792, porque aunque éste autoriza la ratificacion tácita dándole el carácter de tal á ciertos actos, ella no subsana la nulidad de la obligacion cuando lo resiste el precepto de la ley, cuando el acto que importa consentimiento se opera sin que haya cesado el vicio ó motivo de la nulidad, y cuando la misma ratificacion adolece de alguna causa que la invalida, conforme á los arts. 1791 y 1793. Y no es incompatible con el tercero, ó sea el 1403, porque aunque segun él, la manifestacion del consentimiento puede hacerse de palabra, ó por escrito, ó por hechos por los que necesariamente se presuma, esto es ménos en los casos en que la ley dispone expresamente otra cosa, con arreglo al art. 1439.

Sea lo que fuere de esa ratificacion tácita que se invoca como igualmente eficaz á la expresa, lo cierto es que no se nos cita ningun hecho determinado del Sr. Flores, que haya podido inducirla; y que léjos de estar comprobada, como seria necesario para que pudiera presentarse como título que obligara á este señor al cumplimiento del contrato, son aplicables á ella las mismas consideraciones indestructibles que se han expuesto para fundar que no ha sido posible en el caso ningun acto de ratificacion del interesado, incompatible con sus manifestaciones explícitas de reprobacion y de resistencia: "*Non potest enim intelligi tacita ratificatio ex actu expresse impugnato.*"[1]

Y sin embargo, es inaceptable, es del todo impropio y está fuera de toda razon en derecho, que donde no ha podido caber la ratificacion expresa, ó no ha podido ser valedera, se suponga que intervino la tácita: "*Et licet prætendatur, quod sint ratificatæ conventiones firmatæ; tamen cum non potuerint expresse fieri ut dictum est, multo minus dabitur tacita illarum ratificatio, an plus operetur tacitum, quam expressum, quod esse non debet.*"[2]

Para que exista ratificacion tácita, es preciso que medie un hecho concluyente y determinado de consentimiento ó aprobacion:

1 Graciano. Dicept., cap. 151, núm. 9.
2 Id., cap. 933, núm. 15.

"Quando nempe factum est determinatum, et concludens ad consensum inferendum, et præsumendum." Y ese hecho se necesita probar de una manera plena y completa: *"Eadem probatio requiritur in tacita sicut in expressa; in probationibus est par ratio taciti, et expresi, cum tam unum, quam alliud sit quid facti, ideo illius probatio requiritur. Ita ut neque sufficiat tacita probatio tacitæ ratificationis, nisi etiam probetur factum quod necessarie arguat ratihabitionem, et quod per aliam causam gestum præsumi non possit, et quod non sit continuativum ejus, quod antea gerens faciebat, sed quod sit novum, cum alias istis non probatis nulla censeretur inducta ratihabitio."* [1]

Con lo expuesto hasta aquí en todo el curso de este informe, está defendida la sentencia de la Sala, en cuanto á la justificacion con que ésta ha fallado, resolviendo con estricto arreglo á la ley y á los principios legales, las cuestiones que nominal y metódicamente se propuso examinar en aquella. Y voy ahora á ocuparme con toda la brevedad posible, segun lo exige la demasiada extension que acaso tiene ya mi alegato, de las secundarias ó accesorias que comprende tambien la misma sentencia.

1 Salgado. Labyrint., part. 2ª, cap. 10, núm. 19.—Graciano, obra citada, cap. 640, núms. 16 á 20.

CUESTIONES ACCESORIAS.

Representacion de Don Miguel Castillo como factor de Don José María Flores.—Daños y perjuicios.—Costas.

CONSIDERANDOS DÉCIMONOVENO Y VIGÉSIMO.

I

Con ese carácter de accesorio trata la Sala, en el primero de estos Considerandos, el punto relativo á dicha autorizacion, que tal vez tenia más oportuno lugar en el exámen de la segunda de las cuestiones que enumera el Considerando primero. Y asienta respecto de él: que en la demanda no se dedujeron sino acciones nacidas del derecho civil comun, lo cual ha debido impedir que la sentencia decida sobre ese punto; por no ser congruente con la demanda un fallo que comprendiera, en negocio sujeto á los preceptos de aquel derecho, acciones de orígen y naturaleza mercantil, como lo es la que se llama *institoria.*

Este concepto no admite censura ni impugnacion. Sin tener para nada en cuenta los arts. 554 y 724, citados ya hasta la saciedad y que no hacen ahora más al caso que anteriormente, porque no se trata aquí de hecho *prima facie* constante en autos, sino de la accion deducida en el juicio y de la manera con que debe calificarse, el sentimiento de la Sala sobre esto ha sido perfectamente fundado y jurídico. Una demanda entablada en juicio ordinario escrito, representa una accion de derecho comun; y ya tenga por objeto el cumplimiento de un contrato, como se dice, ó cualquiera otra cosa, no puede regirse por los preceptos del derecho mercantil. [1]

1 Pantoja. Repert. de la Jurisp., págs. 150, 175, 178, 179, 180 y 866.

Tampoco es exacto y legal que se pueda levantar una pretension en juicio, valiéndose de los elementos que la apoyan, tanto en uno como en otro derecho.

Las acciones deducidas sobre cualquiera materia, no admiten la aplicacion simultánea de los principios de esos derechos, que seria incompatible, segun la diversa naturaleza de éstos; porque siendo, como lo es el mercantil, una excepcion ó una derogacion del derecho comun, el invocarlos á la vez para fundar las promociones, importaria tanto como deducir acciones contrarias, ó abandonar la intentada para hacer valer otra despues, contra lo que previenen expresamente los arts. 42 y 43 del antiguo Código de Procedimientos y sus concordantes del nuevo. [1]

Que la accion institoria es de naturaleza y orígen mercantil, aun considerada en su estado rudimentario al nacer en la jurisprudencia romana, es una verdad que no necesita demostracion á la luz de la tradicion histórica. "La accion institoria toma su nombre del factor constituido en un establecimiento de comercio (dice Molitor), siendo los actos de éste, contraídos en él, obligatorios para el principal. Introducida por el pretor á fin de favorecer el comercio dando una garantía á tales obligaciones, que sin ella podian ser un medio de engañar la confianza pública, esa accion bajo el nombre de *institoria utilis ó quasi-institoria*, se extendió por los jurisconsultos á toda especie de mandato." [2]

Así, pues, la doctrina fué la que hizo extensiva esa relacion jurídica á los negocios comunes, sacándola de sus límites propios y naturales que son los asuntos de comercio, á los cuales ha vuelto á circunscribirse con discernimiento más filosófico por la jurisprudencia moderna, segun lo que resulta claramente del sistema observado en nuestros respectivos Códigos sobre esta materia. Y esto muestra que la Sala se ha atenido á los verdaderos principios, al asentar lo que establece sobre ella.

Pero como quiera que sea, debe reconocerse que la sentencia no

1 Pradier—Foderé. Compend. de derecho mercant., part. 1ª, cap. 1º, núm. 23. Pantoja, obra citada, págs. 178, 180 y 182.
2 Les obligations, page 141, num. 742.

ha inferido agravio alguno al recurrente, redimiendo al demandado de toda responsabilidad deducida de un contrato cuyo cumplimiento se le exigia á título de la accion expresada. Porque esta accion no ha sido *procedente*, y no ha sido tampoco *fundada*, ni conforme al derecho mercantil, ni conforme al derecho comun.

No fué procedente con arreglo al primero, porque sus preceptos sólo son aplicables con respecto á ciertas personas y á determinados negocios, entre comerciantes y en asuntos de comercio. En el caso, ni el Sr. Flores contra quien se interpuso la demanda, es comerciante sino propietario, que se ocupa exclusivamente de trabajos agrícolas ó de labranza; ni el contrato que se versa fué transaccion mercantil, porque está expresamente declarado que la venta de frutos de una hacienda por su dueño, no es un acto de comercio. [1]

Tampoco fué procedente la accion con arreglo al derecho comun, porque desde que se expidió entre nosotros el Código que contiene este derecho, quedó suprimida como institucion perteneciente al género de las relaciones jurídicas civiles la accion institoria, reservándola para que se comprendiera entre las materias del Código de Comercio, donde se halla incluida; puesto que aquel Código no contiene ya disposiciones explícitas respecto de factores, y todos los actos ejercidos á título de representacion, que puedan ofrecerse hoy en el círculo de los negocios comunes, deben regirse por lo que prescribe el mismo Código, ya sobre el mandato, ya sobre la gestion de negocios, como lo observa la Sala.

Y en nada favorece á la intencion de la parte contraria el argumento tomado del art. 20 del Código Civil, que sanciona como regla de decision en las controversias judiciales los principios generales del derecho. Porque en nuestra jurisprudencia moderna, posterior á la promulgacion de ese Código, ya no ha podido haber principios generales ni teorías jurídicas supletorias del derecho civil, tratándose de la materia de factores; sino solo preceptos expre-

1 Código de comercio de México, arts. 3º y 14. Pradier—Foderé, compendio de derecho mercant., part. 1ª, cap. 1º, pág. 23. Pantoja, obra citada, pág. 232.

sos de derecho mercantil, al que pertenece esa materia, que no son aplicables á los negocios comunes.[1]

Las doctrinas de autores, citadas por el recurrente en los apuntes de su informe de segunda instancia, no pudieron, por lo mismo, aceptarse por la Sala como norma que debiera servir para formar el criterio judicial en este negocio; porque ya no rigen en el estado actual de nuestro derecho, en el que las ha modificado la legislacion especial, sustituyéndolas con disposiciones positivas escritas, á cuyo imperio exclusivo está hoy sujeto el punto en cuestion. Y bien pudo notar el recurrente, al valerse de tales doctrinas, que entre aquellos autores que las profesan invocados por él, el principal de todos es Delamarre, tratadista de derecho mercantil, que expone la jurisprudencia aplicable á los negocios que se rigen por los principios de este derecho, y no por los del derecho comun.

Esto, prescindiendo de que en el caso se versa un recurso de casacion; y no obstante lo dispuesto en el art. 20 del Código Civil, los preceptos relativos á ese recurso sólo lo admiten respecto de decisiones contrarias á la letra ó á la interpretacion de la ley, no respecto de las que contrarían doctrinas y principios legales, ó prescinden de ellos, absteniéndose de seguirlos como suplementarios de leyes que no existen. Y tal es tambien el sentido en que se ha pronunciado la jurisprudencia de una manera uniforme.[2]

He dicho, además, que la demanda intentada era infundada, así en derecho mercantil, como en derecho comun, no solo improcedente como acaba de verse. Y lo ha sido, en efecto, con arreglo al primero de esos derechos, segun lo ha demostrado la Sala con el precepto que cita, consignado en el párr. 7º, cap. 9, de las Ordenanzas de Bilbao, que era el Código vigente en materia de relaciones comerciales cuando pasaron los hechos á que se contrae aquella. Pues se ve que conforme á ese precepto, atendida en parte su letra y en parte su interpretacion jurídica, la persona que sustituye á un comerciante interviniendo en sus negocios y contra-

1 Los mismos autores citados en la nota anterior.

2 Art. 711 del Código nuevo de Procedimientos, y concordante del antiguo. Pantoja, obra citada, págs. 365, 372, 373 y 539. Apénd. 1º, pág. 132.

tos, que es lo que constituye al factor aunque dicho Código no use de este nombre, debia tener poder en forma para ejercer legalmente su representacion, y en consecuencia para obligarlo con sus actos.

Y apareciendo, como aparece en este juicio de los autos, que léjos de haberse podido celebrar el contrato que se versa por mandatario autorizado con ese requisito, el dependiente que se dice haber entendido en el convenio no tenia en el acto, ni ha tenido nunca personalidad jurídica del Sr. Flores; es claro que ese acto, aun suponiéndolo cierto y permitiendo que hubiera llegado á ejecutarse, no fué obligatorio para el interesado; y la accion que contra él se ha deducido exigiéndole su cumplimiento, no tiene apoyo en derecho, si se juzga el caso con presencia de la legislacion especial aplicable á que nos venimos refiriendo; porque los preceptos de ésta repugnan aquella accion, haciéndola ineficaz para justificar la reclamacion que se promueve.

Y ella ha sido tambien infundada, en presencia de la legislacion civil comun, por todos los méritos y sólidas cuanto numerosas razones expuestas ampliamente á su tiempo en el curso de este juicio, que apénas ni en resúmen hay necesidad de recordar.

Porque el derecho del Código Civil, que era el comun en vigor en la época del referido convenio, niega todo valor á las convenciones celebradas en representacion ó á nombre de otra persona, sin mandato conferido en escritura pública, cuando se versa en ellas un interes de la importancia que se versa en este negocio; y por lo mismo, ni en calidad de factor, ni con ningun otro carácter representativo, se pudo celebrar aquel pacto de un modo obligatorio para el Sr. Flores, aun en el caso de que la personalidad de D. Miguel Castillo como factor de ese señor, estuviera real y suficientemente establecida.

Porque, aunque recurriéramos al derecho antiguo español, considerando á dicho Código omiso ó deficiente en ese punto, y aceptáramos que aquel derecho podia ser suplementario del actual, la ley 7ª, tít. 1º, Part. 5ª, que sin embargo de que se refiere nominalmente al préstamo, por vía de ejemplo, comprende los actos todos ejercidos por factores, de cuya representacion se ocupa, tampoco re-

conoce eficacia ni validez alguna á las obligaciones contraídas por ellos respecto de su principal, si no es que hayan contratado con mandato de éste ó en provecho suyo.

Y porque, ateniéndonos todavía á los principios de la jurisprudencia, que no pueden ser otros más que los que contienen los textos del derecho romano, de donde parten los precedentes de esa institucion jurídica; tales principios exigian la prueba del establecimiento del factor y la constancia del poder expreso ó tácito que tenia de su principal, para que sus compromisos trascendieran hasta comprometer la responsabilidad de este último. Y los autos no ofrecen semejante justificacion en el presente caso.

Ni las posiciones en sus artículos 1º, 2º y 6º, que son los que pueden considerarse relativos, con todo y la declaracion judicial sobre ellas pronunciada adverándolas, ni las deposiciones de los testigos sobre las preguntas concordantes de sus interrogatorios, tienen la menor fuerza para acreditar aquel hecho, que dista mucho de estar comprobado, y ménos con la evidencia que tan magistralmente afirma el recurrente en su escrito.

Las primeras, con los gravísimos vicios, ya en otra parte notados, de que notoriamente adolecen; destituidas del requisito más fundamental y preciso que necesitaban para surtir efecto, mediante la ilegalidad tambien demostrada de la declaracion judicial que recayó sobre ellas; y destruidas por la justificacion que los autos ofrecen de su falsedad en toda clase de pruebas fehacientes, como lo son la confesion expresa de la otra parte en contrario y la testimonial rendida por el Sr. Flores: aquellas posiciones son del todo ineptas, y no merecen para nada tenerse en cuenta como medio legítimo de establecer, ni la investidura de factor que infundadamente se atribuye al dependiente D. Miguel Castillo, ni el poder ya expreso ya tácito, que se supone habia recibido de su principal.

Las segundas, las citadas declaraciones tan defectuosas y poco dignas de crédito, tanto con relacion á las tachas de los testigos que las rindieron, como en razon de la falta de veracidad que arguyen, segun los motivos de sospecha ó de desconfianza que por su tenor mismo se reconoce en ellas, y nulificadas tambien por las

expresadas constancias probatorias que obran en contra de su contenido, son todavía ménos aptas para fundar la verdad del hecho que se sostiene.

Y esto, aun bajo otro aspecto más importante. Porque los testigos, sobre mandato ó autorizacion expresa conferida por el Sr. Flores al referido D. Miguel Castillo, nada en realidad declaran; no hacen referencia á documento escrito ó manifestacion verbal alguna en que les constara que se habia otorgado. Y en cuanto á la representacion tácita que pudiera reconocerse en el segundo, por el ejercicio de un cargo que la lleva consigo legalmente, ó por la ejecucion de actos que la presuponen, practicados á ciencia y paciencia del interesado, preciso es repetir de nuevo, é insistir con toda firmeza en que aquella clase de prueba no es suficiente en derecho para acreditarla, como ya otra vez se ha dicho en el curso de este juicio.

La teoría de que el reconocimiento sin resistencia por parte del interesado, de los actos de administracion ejercidos habitualmente por el factor, que es lo que demuestra que está revestido con ese cargo de una manera tácita, *sólo puede probarse por la fama pública*, cuya prueba ni se intentó siquiera rendir en el caso, es una teoría no sólo legítima, sino seriamente reflexionada, porque la abonan la razon y la naturaleza de las cosas. Y debe hacerse justicia al práctico tratadista que la establece,[1] que es un autor respetable, no obstante el desden con que el recurrente lo ha visto. Pues yo, al ménos de mí sé decir que en el inmenso repertorio de nuestra literatura jurídica antigua, pocas obras conozco que bajo estilo más desaliñado por cierto, y lenguaje ménos correcto, contengan un acopio de doctrina más abundante, más escogida y más pura, que la que contiene la Curia.

Sea lo que fuere del órden numérico en que el Código de Procedimientos determina cuáles son las diversas clases de prueba admisibles en juicio, de cuya circunstancia no depende su respectiva preferencia y valor, que cambian segun la variedad de casos á que

1 Hevia Bolaños citando una decision de Génova; Curia Filípica, com. terr., Lib. 1º, cap. 4º, núm. 2; y Dominguez en su Ilustracion á la misma citando á Cancerio.

se aplican,[1] de todas maneras es incuestionable la necesidad de la fama pública, como medio exclusivo para acreditar los hechos que se trata de establecer, considerándolos como base del derecho con respecto al punto en cuestion. Y el mismo actor se ha encargado en los autos de patentizar la evidencia de esta verdad, segun el diverso modo con que procedió, bien instintiva ó deliberadamente, al proponer su prueba de posiciones y de testigos sobre ese mismo punto.

Pues miéntras que articuló la 2ª de aquellas, que es la relativa, diciendo: "Como es cierto, que el referido Castillo *es el que ajusta los contratos* sobre venta de frutos de la hacienda de Oacalco," esa misma pregunta la hizo á los testigos concebida en estos términos: "Si saben y les conta que Castillo *celebra contratos* sobre venta de frutos de Oacalco." Y es que desde luego comprendió que el hecho contenido en ese artículo, solo podia afirmarse de una manera absoluta ó en forma de proposicion universal, con referencia á la confesion del Sr. Flores; pero los testigos no podian deponer más que de hechos particulares de alguno ó algunos contratos aislados que ellos podian haber visto celebrar, nunca bastantes para generalizar la afirmacion en términos de poder presentar al dependiente como persona única que los celebraba todos.

Luego por medio de testigos, reducida esta prueba á las condiciones propias de su naturaleza, esto es, á la aseveracion de hechos directamente presenciados por ellos, y que no puede referirse más que á actos particulares y determinados, no es posible justificar que una persona ha desempeñado ó practicado todas las operaciones de administracion, relativas al negocio ó los negocios de otra, que es lo que induce á reputarlo como factor autorizado por ella para tratar á nombre suyo. Y esta clase de prueba solo puede adquirir aptitud para establecer tal hecho como cierto, si se refiere á la fama pública, es decir, al dicho comun y constante de los habitantes del lugar donde se ejerce el cargo, que es la única que puede convertir en proposicion universal las afirmaciones particulares de

1 Emilio Reus. Ley de Enjuiciamiento civil, Lib. 2º, tít. 2º, secc. 5ª, tom. 2º, pág. 28.

los testigos, y dar mérito para tener por vía de induccion como cierto y verdadero aquel hecho, mediante la uniformidad y concordancia del sentimiento público sobre su existencia.

II

La cuestion de daños y perjuicios está fuera de todo supuesto, en el sentido de la sentencia que declara no obligatorio para el Sr. Flores el contrato cuyo cumplimiento se le exigió en este juicio, y hace inaplicable el art. 1537 del Código Civil; porque este artículo impone sólo el pago de aquellos al obligado en un convenio que deja indebidamente de cumplirlo. De suerte que, subsistiendo la sentencia que en el íntegro é ilustrado juicio de este respetable Tribunal tiene que prevalecer, contra las impugnaciones que á la ventura se han aglomerado, digamos así, para objetarla; el pretendido quebrantamiento de aquel artículo descansa sólo sobre una simple hipótesis, que nunca puede servir de elemento para fundar el recurso interpuesto ante esta Sala. [1]

Pero hay que ver aquella cuestion, siquiera sea ligeramente, bajo el aspecto que la resolvió el fallo de 1ª instancia, al ménos para poner de bulto la rectitud con que en 2ª fué revocado ese fallo, tan anómalo é insostenible aun en un punto como éste, sencillo en sí y fuera de toda duda segun las circunstaucias del caso y las nociones claras de derecho que conducian para decidirlo.

La base que debe servir de norma para fijar los daños y perjuicios, en los contratos que versan sobre dacion ó entrega de alguna cosa, está representada en el principio de la antigua doctrina que hoy siguen todavía los autores modernos, conforme al cual consiste la responsabilidad de aquellos: "*in id quanti mihi hodiè interest hanc rem habere licere; propter ipsam rem habitam et in casu certo.*" [2] Y él basta en nuestro caso para comprender con toda claridad la presente cuestion.

1 Pantoja, págs. 877 y 893; Apénd. 1º, págs. 35, 37 y 190; Apénd. 2º, págs. 33 y 158; Apénd. 3º, págs. 40 y 215.

2 Pothier. Traité des Obligations, 1er. part., chap. II, art. III, n. 164. Œuvres, tom. 2º, page 76.

Porque, en efecto, el interesado en un contrato, con arreglo al precepto expreso de nuestro derecho, que es el mismo de varios otros Códigos actuales, puede exigir cuando no se le entrega la cosa, el cumplimiento ó la rescision del convenio, y en uno y otro evento el pago de daños y perjuicios: pero en cuanto importa de presente su interes cierto en la posesion de la cosa, como consecuencia inmediata y directa de que en realidad no la tenga. De manera que, si el perjuicio no se causa; si queda indemnizado con la entrega de la misma cosa, porque el lucro en cuya privacion consistia va inherente á ella; ó si la falta de este lucro no proviene ya de su privacion ó carencia, sino de otro motivo extraño, que es como dicen los autores *extrinsecus*, no hay título para exigir aquella responsabilidad al obligado.

Luego si aquí el actor ha reclamado, por vía de daños y perjuicios, el aumento de valor que tuvo la cosa despues de la venta respecto del precio del convenio, á són de que la falta de cumplimiento ó resistencia á la entrega lo privó de ese aumento; una vez entregada la cosa por efecto de la sentencia que condenaba á la ejecucion del mismo convenio, la utilidad representada por la alza de ese precio quedaba resarcida con la posesion de la misma cosa que se recibia y representaba en sí misma el mayor valor que tenía, el cual iba á obtenerse al venderla.

Estas son verdades muy obvias, que se perciben á primera vista. Porque aquí se puede observar lo que dice á este propósito uno de los distinguidos escritores citados en el curso de este informe: "que la posesion de la cosa en virtud de la sentencia que la decreta, equivale á la entrega que el vendedor habria debido hacer y que se rehusó á ejecutar." [1] Y si con esta entrega se repone el comprador de la pérdida que sufria, la reparacion del perjuicio está ya cumplida. Sin que importe que el comprador deje de realizar ó realice con ménos provecho la venta de la cosa por otras circunstancias diversas, siempre que al recibirla subsista la alza de precio. Pues como advierte el mismo autor: "la regla es que no se debe imputar en el cálculo de los daños y perjuicios, más que la pérdi-

1 Troplong. De la Vente, tom. 1º, page 380, num. 293.

da que se sufre ó la ganancia que se deja de tener *circa rem ipsam;* y todo lo que procede en esa materia de causas independientes ó inconexas con la entrega de la misma cosa, no debe ser tomado en consideracion."[1]

Este y no otro es el verdadero aspecto de la cuestion sobre esa responsabilidad, en el caso de la acciôn deducida sobre cumplimiento del contrato. No sucede lo mismo en el caso de que la que se deduzca, sea la de rescision del convenio. Entónces, como que el interesado deja en definitiva de recibir la cosa que ha aumentado de valor, y no puede ya, por lo mismo, indemnizarse con su entrega del perjuicio que resiente, ya por no recibir el lucro que podria obtener vendiéndola, ya por la necesidad de comprar otra á mayor precio para el uso que la destinaba; está perfectamente fundado su derecho para que se le repare ese perjuicio, que consiste en la diferencia de valor. Y por eso los autores, sólo en este segundo caso de resolucion de la venta, considéran el supuesto de alza de precio despues de la celebracion del convenio.

En el primero de cumplimiento, no suponen como causas posibles de responsabilidad por daños y perjuicios, más que las cuatro siguientes: deterioro material de la cosa vendida; *baja de su valor;* gastos directamente ocasionados por la demora en la entrega; y frutos que el comprador debia haber recibido de la misma cosa. Y de la segunda de esas hipótesis dice, por vía de ejemplo Troplong: "Hay lugar á daños y perjuicios, cuando la cosa ha bajado de valor durante la resistencia del vendedor en su entrega; cuando yo te vendo, v. gr., vino á razon de mil francos barril, y despues del contrato aumenta su precio en doscientos francos sin que tú hayas procedido á entregármelo: si te hubiera yo hecho desde luego la entrega, habrias podido revenderlo á mil doscientos barril; pero como la he demorado y el vino ha vuelto á bajar á mil francos, debo ser condenado á indemnizarte la diferencia de doscientos francos en barril."[2]

En ese ejemplo, que es perfectamente análogo á nuestro caso,

1 El mismo, en el mismo lugar, pág. 385, núm. 298.
2 Id., págs. 390 y 391, núms. 305 y 307.

se ve que el perjuicio por inejecucion del contrato no consiste en la alza del artículo, que disfruta el interesado con recibir la cosa siempre que subsista el aumento al tiempo de la entrega, sino en la baja posterior que le impide percibir éste, aunque se le llegue á entregar el efecto ya depreciado. Y de consiguiente el verdadero derecho aplicable en este négocio, aun en la hipótesis de condenacion al cumplimiento del convenio, no podria ser otro mas que el de reconocer al actor accion al pago de la utilidad que reclama, si al tiempo de la ejecucion de la sentencia que resolviera la entrega del azúcar, ésta habia disminuido en los cinco reales por arroba en que se dice haber consistido el aumento, ó al pago del tipo en que consistiera la diferencia: pero de ninguna manera, si dicha azúcar se mantenia á la misma altura del precio aumentado ú otro mayor; porque entónces, no hay perjuicio real de presente *hodie*, que se cause *in casu certo*, por consecuencia inmediata de la privacion de la cosa *propter ipsam rem non habitam*, que es la regla justa y legítima á que hay que sujetarse en esta materia.

Y por supuesto que esto se entiende todavía bajo las condiciones legales, esto es, siempre que se justificara al hacerse efectivo el fallo, que tal era la cuota de aquel aumento y baja posterior del azúcar, de la manera que lo exige la ley, ó sea á justa tasacion de peritos; porque esta prueba es la que corresponde para acreditar esa clase de hechos, y no la de testigos que se ha rendido en el juicio, ineficaz como inadecuada á ese objeto.[1]

III

La cuestion de costas es tal vez más obvia y más sencilla que la anterior. Por creerlo así indudablemente la Sala, sin fundar este punto de una manera especial, se conformó con referirse al art. 143 del Código vigente de Procedimientos, para decretar la condenacion, como era suficiente al efecto. Y lo hizo así conforme á jus-

1 Art. 468 del Cód. nuevo de Proced., y concordante del antiguo.

ticia, y conforme á los principios acertados que sigue en esta materia, y que si no expresó en la sentencia de este juicio, sí ha consignado ya en otras, de las cuales hay una, publicada recientemente, en cuyo Considerando 16º establece: "que quedando al arbitrio de los jueces calificar la temeridad de los litigantes segun el texto expreso de dicho artículo, cuando está demostrado que es notoria la falta de apoyo legal en la accion deducida, debe darse aplicacion á la pena que dicho artículo impone á los litigantes que proceden con temeridad, sin que á tal apreciacion se oponga la condenacion que en contrario contenga el fallo del inferior, pues que la Sala tiene facultad de revisarlo todo aun en el punto relativo á costas."[1]

Así es, en efecto, como lo dispone la ley, y así está muy puesto en razon; porque siendo tan natural y tan justo el recurso establecido ante los Tribunales Superiores, para remediar los agravios que á veces causan las resoluciones judiciales á los litigantes,[2] no puede haber motivo plausible que autorice á corregir el mal en lo principal, y haga inconveniente el conceder la misma autorizacion para corregirlo tambien en lo accesorio de los negocios, en lo que son muchas veces graves los daños que igualmente resienten los interesados.

Porque, además, la presuncion que produce una sentencia en favor del que ha obtenido en primera instancia, debe ceder á la verdad que está legalmente representada por el juicio del Superior que la revoca ó modifica de alguna manera; y la misma razon hay para que la verdad se haga lugar, rectificando la justicia que asiste á las partes y desvirtuando ó desvaneciendo aquella presuncion en cuanto al punto de costas, que en cuanto al fondo ó á la materia del juicio.

Y porque no siempre la desconformidad ó divergencia entre los fallos de primera y segunda instancia excluye la idea de temeridad ó de mala fe, y arguye buena intencion en el litigante que fué

1 Sentencia del 29 de Enero del presente año, en el negocio "Alegre y Mendoza." Crónica de los Tribunales, tom. 1º, núms. 18 y 19, pág. 146.

2 Cañada. Juicios civiles, part. 2ª, cap. 2º, núms. 1 al 5, pág. 238.

al principio favorecido, porque se deba suponer que aquella ha sido obra de la diversidad de opiniones á que se prestaba una cuestion que podia ser apreciada de distinta manera, como lo sostiene la parte contraria. Pues cuando el Juez ha juzgado con verdadera preocupacion, y bajo el influjo de las circunstancias que pudieron ofuscarlo y prevenirlo en el caso, segun lo que ya se indicó oportunamente en otro lugar, su error en nada puede servir para abonar la malicia con que los litigantes han procedido, si ella se da á conocer y se manifiesta de bulto por todas partes en los datos que sobre el particular ministran abundantemente los autos.

Y esto es lo que aparece aquí con toda claridad y con toda evidencia; atendidos no sólo los precedentes de este negocio, relativamente á la conducta del actor en los procedimientos irregulares y artificiosos con que preparó las cosas, para presentar en apariencia como celebrado un contrato que no lo habia sido, ó violentar la prestacion de un consentimiento que estaba cierto de no poder obtener; sino tambien los actos posteriores de aquel al entablar su demanda y en el progreso del juicio, que revelan á toda luz la plena conciencia que ha tenido de la injusticia con que obró al promover este pleito y ha obrado al continuarlo despues, desconociendo en su ciega obstinacion é insistencia, la eficacia que tienen los méritos que él mismo ha aducido, para impugnar su propósito y justificar la ilegitimidad de sus pretensiones.

Pues nunca puede ser más perceptible y más obvia la temeridad y malicia de un litigante que en un caso como éste, en el que la narracion misma que hace en su libelo de los hechos, referidos por él como base de la reclamacion que promueve, y las especies que allí vierte sobre las circunstancias del caso, predisponen ya para adquirir el convencimiento de que se propone litigar sin derecho, porque el que se atribuye no es cierto; y en el que las pruebas mismas que rinde posteriormente para que sirvan de apoyo á la accion entablada por él, vienen á formar el mejor elemento de defensa del demandado, y la más completa demostracion de la justicia que le ha asistido al resistir la demanda. Si en el concepto de la ley, siempre debe ser condenado en costas el actor que no rinde

ninguna prueba para acreditar su derecho,[1] con cuánta más razon no debe serlo el que las produce tales que son *contraproducentem* y bastan por sí solas para acreditar la intencion del reo.

El litigante que así obra, ó es presa de la ofuscacion producida por un sentimiento apasionado y del todo inexcusable, ó cede al influjo de una intencion deliberada y maliciosa; y de todas maneras se hace digno de la pena que la ley impone á los litigantes temerarios. Sobre todo, el actor merece indudablemente esa pena en un negocio como éste, en el que se provoca una cuestion litigiosa y se arrastra al demandado para complicarlo en todos los peligros é inconvenientes de un juicio, ensayando una tentativa de lucro sin exponer nada y sin correr ninguna aventura desfavorable por efecto de las resultas del pleito; de manera que para aquel es todo el provecho, si el éxito corresponde á sus miras, y ningun gravámen reporta si éstas fracasan; miéntras que la triste condicion del reo es la de quedar sujeto á los riesgos de una ominosa condenacion, y aun en el más propicio evento de ser absuelto, queda siempre gravemente perjudicado con la carga de los gastos que ha tenido que hacer para su defensa, á fin de resistir la asechanza que se le puso.

En negocio de tales circunstancias, la pena de las costas impuesta por la ley, no sólo es una necesidad indeclinable é imperiosa de la justicia, sino una exigencia suprema y verdaderamente social, que concilia el respeto debido á los Tribunales y garantiza el interes y tranquilidad de los ciudadanos, contra toda ligereza inconsiderada y toda fácil tentacion que pueda sentirse para ofender sus derechos.

Como quiera que sea, y en resúmen, no hay para qué insistir más sobre esa materia; porque ese punto de costas está fuera de toda controversia en el presente recurso, desde que la jurisprudencia de este respetable Tribunal tiene establecidas como reglas fijas y ciertas por repetidas ejecutorias, de una manera invariable: que nuestro Código de Procedimientos deja en general la apreciacion

1 Art. 196, fracc. 6ª del Cód. ant. de Proced., y 143, fracc. 1ª del nuevo.

de la malicia ó temeridad de las partes en la prosecucion de los juicios á la calificacion y prudencia del juez; siendo, por lo mismo, las resoluciones sobre esto de las Salas sentenciadoras completamente firmes é irrevisables: que esa facultad se extiende, sin admitir tampoco censura, hasta el derecho de condenar en costas al litigante que ha sido absuelto en primera instancia; porque el arbitrio es absoluto sobre este particular, á diferencia del sistema adoptado en él por la ley antigua recopilada que ha citado el Sr. Lic. Icaza, que seguia otros diversos principios y que de consiguiente no tiene hoy aplicacion entre nosotros, por estar derogada: que además, el expresado recurso no procede para sólo el efecto de considerar las infracciones que se proponen en cuanto á ese capítulo de condenacion de costas; y que, en consecuencia, no cabe la casacion exclusivamente sobre esa parte de un fallo, cuando la sentencia no se casa en lo principal ni ésta admite reproche alguno en este sentido,[1] que es lo que se ha procurado fundar ampliamente en todo el curso del presente informe.

IV

Así he cuidado escrupulosamente de hacerlo, Señores Magistrados, con todo el empeño de que soy capaz en mi escasa aptitud, con toda la fe que inspira la conviccion más profunda, y toda la sinceridad de una recta conciencia. Pero todavía os dignaréis permitirme que no cierre la discusion sin hacer dos importantes observaciones generales que, despues de las defensas parciales que he hecho de la sentencia, contestando minuciosa y muy detenidamente cada uno de los ataques que tan injustamente se le han dirigido, son el complemento de la expresiva apología que merece ese fallo, y la última irrefragable prueba de la pasion con que ha sido impugnado.

Es una de esas observaciones, la que sugiere el modo y términos en que se supone que la Sala sentenciadora ha contravenido

1 Anuario de Legislacion. Secc. de casacion, año 1º, págs. 73, 76, 132, 140, 195, 196, 203, 216 y 220.

á la ley, contrariando á cada paso y por todas partes sus preceptos, en los Considerandos que sirven de parte expositiva á las decisiones finales de aquel fallo. Directamente, contra el tenor de éstas, nada se ha objetado. Ni una sola palabra se ha dicho sobre las infracciones que haya podido cometer dicha Sala, con revocar la sentencia del inferior y absolver al Sr. Flores de la demanda promovida en su contra, que son las declaraciones que contiene su parte resolutiva. Porque realmente no era posible fundar concepto alguno de violacion contra el juicio en ellas emitido, y formado con relacion á todos los elementos complexos que ofrecen los autos, combinados entre sí y considerados colectivamente, como era necesario para establecer conviccion; acto ejercido siempre por los Tribunales cuando pronuncian sentencia, que no admite exámen ni sufre reforma ó alteracion conforme á la ley y á los principios de la jurisprudencia, porque no es susceptible de reglas que puedan servir de norma en su apreciacion.[1] Y desde luego está tambien sancionado en los fallos de casacion que, por los reproches que con fundamento ó sin él se pueden hacer á los Considerandos ó parte expositiva de una sentencia, no puede darse legítima entrada á este grave y extraordinario recurso.[2]

Es la otra de aquellas observaciones, la que inmediatamente resulta de la prodigalidad y extraña profusion de artículos que se presentan como violados por la expresada Sala sentenciadora, á quien se presenta conculcando escandalosamente las leyes, y cometiendo en cada palabra un error y en cada idea un inexcusable extravío. Con lo que el recurrente, á primera vista, acredita que no encontró realmente en la sentencia un verdadero punto débil que combatir, sobre el cual le bastaba haber insistido para legitimar su recurso; y que ha tenido que andar tentaleando en el inmenso caos de disposiciones legales disímbolas que ha enumerado, para figurar algun pretexto de impugnacion contra el fallo. Circunstancia notable que nos hace recordar la exactitud é importancia de aque-

1 Anuario de Leg., secc. de casacion, año 1º, págs. 58, 63 y 154.

2 La misma obra, en la misma seccion, año 1º, págs. 3, 86, 94, 118, 119 y 182; año 2º, págs. 22, 89 y 106.

lla observacion, hecha ya ántes que nosotros por el representante del Ministerio Público en uno de sus pedimentos ante este digno Tribunal, cuando dice:

"Tan abundante copia de infracciones de ley por esa respetable Sala, que á ser cierta daria márgen á medidas de categoría más elevada que la casacion de una sentencia pronunciada en una tercería, induce desde luego á presumir que hay más temeridad en el litigante, que descuido, ignorancia ó maldad en los Tribunales." Y en otro pedimente decia: "No es enteramente desatendible el argumento consistente en afirmar que seria sumamente difícil pronunciar un fallo, en que se violasen cerca de cincuenta disposiciones, aunque así se lo propusiera el juez sentenciador." [1]

He concluido, Sres. Magistrados, mi penosa y larga tarea; no sin fatiga, por cierto, ni sin temor de haber abusado, tal vez en extremo, de vuestra benévola é indulgente atencion. Pero espero que os serviréis excusar mi prolijidad, en gracia del objeto que se versa, de la necesidad que me imponia el desarrollo y extension que se ha dado al recurso interpuesto, y de las exigencias que envuelve el cumplimiento del deber en circunstancias como estas.

He tenido que ser considerablemente extenso y aun nimio, porque la experiencia en los negocios del foro acredita que los abogados, en las cuestiones jurídicas, tenemos que agotar la materia y dilucidar minuciosamente todos los puntos de controversia, aun los que parezcan de menor importancia; porque hay que amoldarse á la índole de la inteligencia humana, que es tan múltiple y vária como la personalidad de los individuos, y que hace infinito el modo de apreciar los elementos de conviccion y el poder ó la fuerza

1 Anuario de Leg., secc. de casacion, año 1º, págs. 77 y 131.

de las ideas, para obrar sobre el espíritu y el discernimiento del hombre.[1]

Yo descanso tranquilo en haber hecho cuanto la probidad me exigia para la defensa de mi cliente y de la justísima causa que está sujeta á vuestro juicio recto é ilustrado. Confio en que vuestra sabiduría y vuestra inquebrantable imparcialidad sabrán dar ahora, como siempre, con este motivo, un nuevo testimonio de que sois el más inexpugnable escudo de esa misma justicia, la egida protectora de la ley, la columna de los intereses sociales, y los depositarios fieles del tesoro inapreciable de la ciencia jurídica, segun lo reconoce y proclama á voz en cuello la opinion pública.

1 *"Pectoribus mores tot sunt quot in orbe figuræ."*
"Mille hominum species, et rerum discolor usus,
Velle suum cuique est, nec voto vivitur uno."
"Quod tibi magnopere cordi est, hoc mi vehementer displicet. (Ovid. 1, de Arte amand. in fin.—Persii, satyr 5.—*Lucilli, Fragm.)*

EJECUTORIA DE CASACION.

México, Julio siete de mil ochocientos ochenta y seis.

Vistos en el recurso de casacion interpuesto por parte de D. Remigio Noriega, patrocinado por el Lic. D. Alberto Icaza, los autos seguidos con D. José Flores, representado por el Lic. Jesus María Aguilar, sobre cumplimiento de contrato de compra de veinticinco mil arrobas de azúcar é indemnizacion de daños y perjuicios, siendo las partes y sus respectivos representantes y patronos vecinos de esta Capital.

Vistas las sentencias de primera y segunda instancia y el recurso de casacion, y

Resultando primero: que en diez y ocho de Mayo de mil ochocientos ochenta y dos se presentó ante el Juez 5º de lo civil D. Remigio Noriega, demandando á D. José María Flores sobre cumplimiento de contrato de venta de veinticinco mil arrobas de azúcar, más daños y perjuicios á razon de cinco reales arroba, refiriendo que en México, en la casa de D. José Flores, habia propalado con su dependiente D. Miguel Castillo la compra del azúcar; que para calificar las clases del artículo, habia marchado con el corredor Gallegos á la hacienda de Oacalco, donde se encontraba D. José Flores, con quien habló de la compra y de la clase de azúcar; que ya en la hacienda de San Cárlos recibió la carta que acompañó á la demanda, en la que fijaba Flores los precios del azúcar "en la hacienda," y de vuelta á México, en veintisiete de Febrero de mil ochocientos ochenta y dos, concluyó con D. Miguel Castillo el contrato de compra de las veinticinco mil arrobas azúcar con las condiciones que expresa la factura que acompaña y á la letra dice:

"Los Sres. José María Flores y Remigio Noriega han celebrado un contrato bajo las bases siguientes, con intervencion del corredor Winch:

"1ª El Sr. D. José María Flores vende al Sr. D. Remigio Noriega 25,000 @ *veinticinco mil arrobas* de azúcar de la hacienda de Oacalco, de las clases y precios siguientes:

4,000	@	prieta mala....	á 13 rs.	en garita.
5,000	"	buena........	" 14 "	"
6,000	"	corriente	" 15 "	"
5,000	"	entreverada....	" 16 "	"
5,000	"	blanca.......	" 17 "	"
Suma. 25,000				

"2ª El comprador irá recibiendo dichas cantidades de azúcar en partidas parciales conforme vayan viniendo de la hacienda.

"3ª Si alguna vez llegare uno ó más viajes de azúcar que vengan más bajos que la clase que marquen en la hacienda, ó vinieren con algun otro defecto, no se admitirá castigo de ninguna especie en el precio ya marcado.

"4ª El pago lo hará Noriega al contado, en esta plaza, en moneda de plata fuerte del cuño corriente mexicano, conforme vaya recibiendo los viajes, que serán aproximadamente dos ó más en la semana.

"5ª La azúcar la entregará el comprador al vendedor *en la garita* por donde llegare el conductor de ella, haciendo el peso en terciada, para tarar luego.

"6ª Por ningun motivo podrá el Sr. Noriega detener ó demorar al arriero ni la arpillera.

"7ª Si de alguna de las clases altas no pudiere entregar el Sr. Flores á Noriega, el vendedor se compromete á compensársela con otra clase más alta ó más baja al precio ya estipulado en la cláusula primera de este contrato.

"8ª La azúcar comenzará á entregarse en el mes entrante.

"9ª Los gastos de timbres para contratos, así como el del corretaje, serán por cuenta del comprador.

"10ª Y estando los dos contratantes de mutua conformidad, se

obligan á cumplir este contrato en todas y en cada una de sus cláusulas, *obligando* sus bienes presentes y futuros para su debida seguridad.—México, Febrero de 82."

Siendo, como se ve, cláusula expresa la de entregarse en México. Que en esa virtud, siendo perfecto el contrato celebrado con persona legítima autorizada por Flores, conforme á los artículos (1399) mil trescientos noventa y nueve, (1400) mil cuatrocientos del Código Civil, ó al ménos conoció éste la gestion de su dependiente Castillo y la aprobaba, obligándose, por tanto, conforme á lo dispuesto en el art. (2543) dos mil quinientos cuarenta y tres del Código Civil, le demandaba la entrega del azúcar, más los daños y perjuicios, con fundamento del artículo (1537) mil quinientos treinta y siete del mismo.

Resultando segundo: que corrido traslado de la demanda á D. José Flores, la negó desconociendo la accion que se intentaba en su contra (Abril veintinueve de mil ochocientos ochenta y dos); y abierto el juicio á prueba, la parte del actor rindió la de posiciones y testimonial.

Resultando tercero: que citado D. José Flores para absolver posiciones articuladas por el actor el dia primero de Julio de mil ochocientos ochenta y dos, no concurrió á la hora señalada, á virtud de lo que se dieron por absueltas por auto de tres de Julio, y apelado el auto, fué confirmado por ejecutoria de siete de Setiembre del mismo.

Resultando cuarto: que concluidos los autos, el Juez quinto de lo civil dictó sentencia en veintisiete de Febrero de mil ochocientos ochenta y cuatro, condenando al demandado á la entrega del azúcar reclamada, más cinco reales sobre cada arroba por perjuicios y al pago de las costas.

Resultando quinto: que apelada esta sentencia por parte del demandado, en grado fué revisada por la cuarta Sala del Tribunal Superior; se recibió á prueba el juicio, rindiendo la parte demandada la de testigos, concediéndose el término extraordinario y prórogas por autos de Mayo veintiocho y cinco de Setiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro.

Resultando sexto: que promovido por parte de Flores el exámen de D. Aurelio Santin, que se encontraba en Paris; por auto de cinco de Setiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro se libró exhorto por conducto de la Secretaría de Relaciones, el que fué devuelto diligenciado en diez y siete de Abril de mil ochocientos ochenta y cinco, se mandó agregar á los autos el veintiuno del mismo, cuando ya estaba cerrado el término de prueba, y para mejor próveer fué mandado traducir en siete de Agosto del mismo, estando los autos para sentencia.

Resultando sétimo: que la cuarta Sala del Tribunal, en diez y ocho de Setiembre de mil ochocientos ochenta y cinco, dictó sentencia revocando la del inferior en todas sus partes, absolviendo de la demanda á D. José Flores, condenando en costas al actor.

Resultando octavo: que contra esta sentencia ha interpuesto el recurso de casacion la parte de Noriega, introduciendo el recurso en escrito de veintisiete de Setiembre de mil ochocientos ochenta y cinco, que á la letra dice:

"Remigio Noriega, en los autos del juicio ordinario que sigo contra el Sr. D. José María Flores, ante la Sala conforme á derecho digo: que en la sentencia de fecha de diez y ocho del corriente mes pronunciada en estos autos, se han violado diversas disposiciones legales; por esta razon, en ejercicio del derecho que me otorgan los arts. 698 y 701 del Código de Procedimientos, vengo á interponer contra dicho fallo el recurso de casacion.

"Los arts. 720 y 721 del mismo Código ordenan: que para la admision de este recurso deben alegarse expresamente algunas de las causas enumeradas en los arts. 711 y 714, citarse la ley infringida y precisarse el hecho en que consista la infraccion; en cumplimiento, pues, de estas disposiciones, manifiesto que hago valer el recurso porque la sentencia pronunciada por esta Sala es contraria á la letra de los artículos aplicables al caso, y contraria tambien á la interpretacion jurídica de los mismos preceptos, y páso á especificar cuáles son las leyes infringidas y á precisar los hechos en que consisten las infracciones.

"Ántes de hacerlo así, creo conveniente hacer constar que siempre que cite artículo del Código Civil, me refiero al que estaba vigente con anterioridad, y que los artículos del Código de Procedimientos que mencionaré como infringidos son los del Código vigente en mil ochocientos ochenta, á no ser que expresamente haga constar que se refieren á otro cuerpo de legislacion.

"En el primer Considerando la sentencia no hace otra cosa sino exponer las cuestiones que á juicio de la Sala ofrecen los autos; y aunque esta exposicion tiene el inconveniente de que en ellas se hace punto omiso de la gestion de negocios y de sus efectos, que constituyen uno de los principales capítulos de la accion que deduje, como que en esta parte del fallo no se hace aplicacion de leyes y despues en los Considerandos posteriores se trata de la gestion, no tengo necesidad por ahora, al introducir el recurso, de ocuparme de este Considerando.

"Dice la sentencia (Considerando 2º): que conforme al art. 1400 del antiguo Código Civil, nadie puede contratar por otro sin estar autorizado por él ó por la ley: que el Sr. Castillo no tenia la representacion legítima del Sr. Flores, de manera que sólo podria obrar como su mandatario, y que para ello era inhábil, supuesto que no tenia poder en forma y que el interes del negocio excede de mil pesos. En este Considerando la Sala violó la disposicion del mismo artículo 1400, porque restringió su precepto, pues no dice éste "que ninguno puede contratar á nombre de otro si no está autorizado por la ley ó provisto de un poder en forma," sino que establece la teoría de que basta la autorizacion para que aquel á quien se concede pueda celebrar el contrato.

"Con esta restriccion que hace la sentencia, además de violar el artículo citado, porque no le aplica tal como está redactado, infringe tambien el art. 10 del mismo Código al establecer una excepcion que la ley no determina, y el art. 1392, porque sujeta la validéz del contrato á una solemnidad externa, el otorgamiento del poder en forma, cuando segun este último artículo, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entónces obligan á su cumplimiento.

"En este mismo Considerando infringe la sentencia los arts. 2474, 2484 y 2486 que cita del antiguo Código Civil, porque los aplica á casos muy diversos de aquellos á que se refieren.

"En los Considerandos 3º y 4º, se ocupa la sentencia de calificar las pruebas rendidas por mi parte para justificar la autorizacion conferida por el Sr. Flores al Sr. Castillo, y en este punto el mismo fallo infringe el art. 724 del Código de Procedimientos de 1880 y el 554 del vigente; porque no obstante de que aparece de los autos que los testigos dieron buena razon de su dicho, no lo estima así y viola tambien el art. 562, porque á pesar de que rendí la declaracion de más de dos testigos contestes, no consideró justificados los hechos sobre los que aquellos depusieron; y por último infringe la sentencia el mismo art. 562, porque enumerando éste los requisitos que deben tener los testigos para hacer fe, los aumenta queriendo que no solamente declarasen los presentados por mi parte, como lo hicieron de una manera precisa, que existia la autorizacion, sino que además dijeran cuándo, cómo y en qué términos se habia otorgado, es decir que lo que la sentencia pretende es que contestaran á lo que forma la materia de las repreguntas, cuando la parte contraria no las hizo.

"Consigna la sentencia (Considerando 5º) que segun los arts. 599, 714 y 716 del Código de Procedimientos de 1880, no es admisible la prueba en contra de la confesion expresa, y con esto se infringen los mismos artículos: el 599, porque no habla de la confesion expresa, sino de la que importa para el declarante la posicion que articula, y porque en ese caso no excluye toda clase de prueba sino sólo la testimonial; el 714, porque no habla del caso á que se le quiere aplicar, y el 716, porque se refiere á la confesion presunta. Agrega que segun los arts. 520 y 712, el Juez en la sentencia puede calificar bajo todos sus aspectos la legalidad de la confesion expresa, y esto tampoco es exacto, porque segun el art. 520 el Juez hace la calificacion de la influencia que determinados hechos puedan tener sobre la decision del asunto que se debate, pero sin que le sea permitido poner en duda la verdad de hechos determinados que se estiman probados segun otras disposiciones de la ley; de

manera que al dar la sentencia una interpretacion distinta al art. 520, viola este artículo y la primera parte del 712.

"Por último segun el art. 812, al apreciar las pruebas debe el Juez examinar si existen ó no las cuatro circunstancias que expresa el mismo precepto; y segun la cuarta debe examinar si se ha producido la confesion conforme á las prescripciones del capítulo 6º del mismo título, es decir, si se han observado ó no las fórmulas y condiciones en él establecidas, y no la justicia ó injusticia de las declaraciones judiciales ya hechas y ejecutoriadas, y al darle otra interpretacion al artículo lo ha violado la Sala.

"Reconoce además la sentencia en este mismo Considerando, que está ejecutoriado el auto en que se declaró confeso al Sr. Flores, y sin embargo de esto establece que puede examinarse de nuevo la legalidad de esa declaracion, como en efecto la examina, revocando de un modo absoluto la resolucion de ese mismo auto, con lo cual viola el art. 825 del Código de Procedimientos de 1880 y el 621 del vigente.

"En el Considerando 6º el fallo expresa el concepto de que no deben tomarse en cuenta las posiciones declaradas absueltas en sentido afirmativo, porque son vagas, complexas y se refieren á hechos ajenos del Sr. Flores; con esta calificacion la Sala infringe los arts. 554 y 724, el primero del Código de Procedimientos vigente y el segundo de el del año de 1880, porque ninguna de dichas posiciones tiene los defectos que se les atribuyen. Además al hacer la sentencia esta calificacion, viola tambien y de una manera manifiesta diversos artículos de los mismos Códigos.

"Segun el 595 del Código de Procedimientos de 1880, cuando el citado para absolver posiciones no comparece á la segunda citacion, el Juez debe abrir el pliego de posiciones para calificarlas, y despues de hecha esta calificacion declararlo confeso; de este precepto se sigue que habiendo el Juez de primera instancia, primero, y despues la Sala, declarado confeso al Sr. Flores, ántes de hacerlo ambos tribunales, tuvieron que calificar de legales las posiciones; de consiguiente habiendo recaído acerca de este punto una resolucion ejecutoriada, la Sala debió respetarla, y al no hacerlo así violó el

artículo citado, el 431, el 621 y la fraccion 2ª del 623 del Código vigente, y el 595, 825 y fraccion 2ª del 827 del Código de Procedimientos de 1880.

"Agrega la misma sentencia que, aun cuando segun la opinion de algunos autores, se puede interrogar al absolvente sobre si le constan algunos hechos ejecutados por terceras personas, esto solo tiene lugar cuando hay identidad entre el absolvente y el tercero, y que por lo mismo no existiendo ésta entre los Sres. Castillo y Flores, no se le debió preguntar á éste si le constaban los hechos en que tomó parte aquel. En esta parte del fallo se infringieron por la Sala los artículos citados, y además el 568 y el 405, el primero del Código de Procedimientos de 1880 y el segundo del vigente, porque siendo esencialmente propio del Sr. Flores el conocimiento de los hechos sobre que se le interrogaba, la sentencia no estima legales las posiciones. Siendo de advertir que mayor identidad de personas existe entre el dueño de un negocio y su encargado, supuesto que ambos constituyen una misma personalidad, que entre el autor de la herencia y su sucesor.

"La sentencia asegura (Considerando 7º) que las posiciones son contradictorias con algunos de los documentos exhibidos; esto es contrario á las constancias de los autos, y por lo mismo con esta afirmacion se violan los arts. 554 y 724 ántes citados.

"Asegura el mismo Considerando que la Sala puede en su sentencia calificar la confesion tácita, y al hacer esta calificacion, la sentencia notoriamente infringe el art. 715 del Código de Procedimientos de 1880, porque á pesar de que se llenaron las tres condiciones determinadas en el mismo artículo, para que la confesion hiciera prueba plena, la sentencia se desentiende de los efectos de esa confesion.

"En el Considerando 8º se afirma que las posiciones son contradictorias entre sí: esta afirmacion, como contraria á las constancias de los autos, infringe los mismos arts. 554 y 724.

"Agrega esta parte del fallo que yo aseguré en las posiciones que Castillo escribia cartas y dirigia telegramas á Flores, y que esto demuestra que el primero carecia de facultades para celebrar el

contrato: con esta argumentacion viola la sentencia los arts. 728 y 614 del Código de Procedimientos de 1880, porque no toma en consideracion los documentos que obran en los autos, pues precisamente del telegrama dirigido por Flores á Castillo, se infiere que el último estaba autorizado para celebrar contratos referentes á los frutos de la hacienda de Oacalco, porque de otra manera no se comprenden los temores de que Castillo se dejara sorprender.

"Se asegura en el Considerando 9º que Castillo no celebró el contrato, y con esta afirmacion se violan los arts. 715, 717 y 732 del Código de Procedimientos de 1880, porque á pesar de que la celebracion del contrato está acreditada con la confesion del demandado y con la declaracion de más de dos testigos contestes, uniformes y mayores de toda excepcion, no se estima justificado.

"En el considerando 10º se asienta el principio de que la calificacion de la prueba testimonial queda sujeta enteramente al arbitrio del Juez, y con esto se viola el art. 732 del Código de Procedimientos de 1880, porque segun este precepto, *precisamente* hacen prueba plena dos testigos cuando en su declaracion se reunen las cuatro condiciones que señala; y como en el caso se cumplieron todas ellas, la Sala estaba en el deber de aceptar el dicho de los testigos.

"Agrega el mismo fallo en esta parte que los testigos Gallegos y Guinchard no son dignos de fe, porque como corredores tenian un interes directo en el éxito del pleito, porque esto les aseguraba el pago de sus honorarios, y con esto infringe los arts. 554 y 724 ántes citados, porque desconoce las constancias de los autos, que comprueban que el Sr. Gallegos no fué el corredor que intervino en el contrato, sino solo el perito que me acompañó para examinar la calidad del azúcar, porque el mismo fallo en otra parte reconoce que con arreglo á los términos del contrato yo debia pagar sus honorarios al Sr. Guinchard y no el Sr. Flores.

"En este mismo Considerando la sentencia determina arbitrariamente los hechos que en su concepto pasaron en este negocio, y con ello viola los arts. 715, 717, 732, 728 y 614 del Código de Procedimientos de 1880, porque esa exposicion está enteramente en oposicion con lo que resulta justificado de la confesion del Sr. Flo-

res, de la declaracion de los testigos y del contenido de los documentos presentados.

"Consigna la sentencia (Considerando 11º) que no es bastante la confesion tácita para probar la celebracion del contrato por parte del Sr. Castillo, y con tal afirmacion vuelve á infringir los arts. 595, 825, frac. 2ª del 827, 715 y 717 ántes citados del Código de Procedimientos de 1880, porque desconoce la calificacion de legales que se hizo de las posiciones en un auto ejecutoriado, y porque niega tambien la fuerza probatoria que le corresponde á esta confesion.

"Asegura el mismo Considerando que en este punto el Sr. Flores rindió pruebas para destruir su confesion; y además de que esto no es exacto, la sola afirmacion infringe diversos preceptos legales.

"Dice el mismo fallo que estas pruebas consisten en la declaracion de los testigos Santin y Lic. Noriega y en mi propia confesion. Respecto á la primera la Sala viola el art. 724, ántes citado, porque no obstante de que el testigo Santin asegura que el contrato ó la operacion quedó terminada con Castillo, adopta las palabras que favorecen la intencion del demandado, y hace punto omiso y olvida las que me aprovechan.

"Además, la declaracion de ambos testigos es contraria á los hechos contenidos en los interrogatorios de la primera instancia; de manera que la prueba es contra derecho, por oponerse á ella la fraccion 2ª del art. 1463 del Código de Procedimientos de 1880, y la del 678 del vigente. De esto se sigue: que al aceptar la Sala esa declaracion infringió el texto de dichos preceptos. Además, el exhorto en que consta la declaracion del testigo Santin, se agregó á los autos despues de concluido el término de prueba y despues de que la Sala, por un auto formal, habia declarado que no era de admitirse esa prueba; así es que, al aceptarla la sentencia, viola de una manera manifiesta el art. 526 del Código de 1880 y el 365 del vigente, porque admite una diligencia de prueba fuera del término, y el art. 636 del Código vigente, porque revocó un auto ejecutoriado.

"Por último, al aceptar la Sala la declaracion de estos testigos, infringió las fracciones 8 y 12ª del art. 668 del Código de Proce-

dimientos de 1880, y las mismas fracciones del art. 504 del Código vigénte, porque no obstante de que el Lic. Noriega habia sido el abogado del Sr. Flores, y de que Santin le era enteramente parcial, tomó en cuenta su dicho.

"Respecto á mi confesion, la sentencia incurre en una inexactitud al asegurar que yo he afirmado que el contrato quedó sujeto á la condicion suspensiva de que habia de extenderse por escrito: ni he declarado jamás semejante cosa, ni es cierto tampoco que se hubiera convenido en esta condicion; así es, que la Sala infringe en este punto, los arts. 554 y 724, tantas veces citados, porque hace una afirmacion contraria á las constancias de los autos.

"Igualmente infringe la Sala en este punto, los arts. 1392 y 1535 del antiguo Código Civil, y los 1276 y 1419 del vigente, porque, á pesar de que conforme á estos preceptos los contratos deben ser puntualmente ejecutados en los términos convenidos, la sentencia quiere hacer depender el cumplimiento del que es materia de estos autos, de una condicion no convenida.

"Tambien infringe la sentencia los arts. 1392 y 1439 del antiguo Código Civil, porque disponiendo estos preceptos que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y que su validez no depende de formalidad alguna externa, en el fallo se sujeta la obligacion de cumplir el contrato á la condicion de su otorgamiento por escrito.

"De lo expuesto en esta parte de este escrito, resulta: que ninguna prueba rindió el Sr. Flores en contra de su confesion; de manera que, al no aceptar ésta, la Sala infringió los arts. 715 del Código de Procedimientos de 1880, y el 548 del vigente.. En el Considerando duodécimo, la sentencia dice: que si todo acto en que uno obra á nombre de otro se calificara de gestion y surtiera sus efectos, serian inútiles las formalidades que establece el Código para el mandato; pero esta argumentacion no tiene eficacia, é infringe el art. 2543, porque no á todas las gestiones que una persona haga en nombre de otro las considera eficaces el Código para obligar al dueño del negocio, sino sólo aquellas que reunen las condiciones que el mismo artículo determina; y como en el caso

se dió cumplimiento á esas condiciones, porque el Sr. Flores tuvo conocimiento de la gestion que en su nombre hacia el Sr. Castillo y no la contradijo, la gestion debe surtir sus efectos, y el fallo que lo desconoce infringe el art. 2543 ántes citado.

"En el Considerando catorce consigna la sentencia que desde el derecho Romano sólo se ha considerado procedente la gestion de negocios, cuando el dueño está ausente é impedido; y que no estando impedido ni ausente el Sr. Flores, no puede suponerse que Castillo ejerciera un acto de gestion; pero esta teoría, que es conforme con la legislacion romana y con todas aquellas que reconocen la validez del mandato tácito, no está de acuerdo con lo que establecia nuestro anterior Código Civil en su art. 2543, igual al 2426 del vigente; porque es indudable que para que el dueño tenga conocimiento de la gestion y no la contradiga, es indispensable que no esté ausente y que tenga la capacidad necesaria para contradecirla: así es que, al aceptar la Sala los principios de otras legislaciones, y desechar los de la nuestra, infringe el art. 2543 ántes citado.

"En la exposicion de hechos que hace en ese mismo Considerando, violó la Sala los arts. 715, 732 y 728 del Código de Procedimientos de 1880, porque no aceptó como probados los hechos que aparecen justificados con las posiciones, los testigos y los documentos.

"En el Considerando décimocuarto se insiste en que no estando impedido ni ausente el Sr. Flores, no pudo obrar el Sr. Castillo como su gestor; con esta nueva afirmacion se violan los artículos ántes citados, y además el 10 del Código Civil, porque se quiere sujetar el art. 2543 á una restriccion que no admite su texto.

"Además, en esta parte del fallo se asienta que el art. 2543 no da accion al tercero contra el dueño del negocio, y esto da causa á una manifiesta violacion del mismo artículo; porque en efecto, si él ordena que teniendo el dueño conocimiento de la gestion y no contradiciéndola, se entiende que consiente, este consentimiento equivale á una ratificacion, y sobre todo lo convierte en principal obligado, sujeto al deber de cumplir el contrato, que cuenta ya, por ministerio de la ley, con su consentimiento. Se sigue de esto que esta parte del fallo viola los arts. 2543, 1392, 2538 y 1401 del

Código Civil anteriormente vigente. Bajo la falsa interpretacion que queda asentada, la Sala no examina si el dueño del negocio tuvo ó no conocimiento de él, con lo que viola el art. 606 del Código de Procedimientos vigente; al no estimar como probado dicho conocimiento, viola los artículos que con relacion á la confesion y á la prueba dejo citados del Código de Procedimientos de 1880, y especialmente el 614 y el 728 respecto de la carta presentada por mí y telegrama exhibido por Flores.

"En los Considerandos décimoquinto, décimosexto y décimoséptimo, trata la sentencia de la calificacion de mi accion y de los medios de que me valí para justificarla; y al no reconocer á éstos como bastantes para ese efecto, viola las disposiciones de los arts. 715, 732, 728 y 614 del Código de Procedimientos de 1880, porque contra el tenor de estas disposiciones no admite comprobados los hechos materia de la confesion de la prueba testimonial y de la prueba documental.

"Al asegurar esta parte del fallo que existen contradicciones en las posiciones y que no es bastante la prueba testimonial, desconoce y altera las constancias de los autos, contra lo prevenido por los arts. 554 y 724 del vigente y del anterior Código de Procedimientos.

"Al aceptar la declaracion de los testigos Santin y Noriega, infringe otra vez la Sala los preceptos que con relacion á este punto dejo ántes determinados.

"Por último, viola manifiestamente esta parte del fallo los arts. 715 y 732 del anterior Código de Procedimientos, y el 1401 del Civil anteriormente vigente, porque no obstante de que por medio de la confesion tácita y de la declaracion de testigos justifiqué que el Sr. Flores ratificó el contrato, no se considera obligado á éste á su cumplimiento.

"Consigna la sentencia (Considerando décimoctavo) que la ratificacion debe ser posterior á la celebracion del contrato y que no se ha justificado que tuviera esa calidad la que se supone hizo el Sr. Flores: en esta parte del fallo se viola el art. 715 del anterior Código de Procedimientos, porque no se estima probado el hecho so-

bre el que se declaró confeso al mencionado Sr. Flores, de que tuvo conocimiento del contrato y *estuvo conforme con él;* pues es evidente que para que tuviera esta conformidad era indispensable que el contrato existiera ántes; de manera que la ratificacion tal como se ha justificado fué, en efecto, posterior á la celebracion del contrato. Agrega la sentencia que la ratificacion ha de ser expresa: con esta afirmacion se viola el mismo art. 1401, porque éste no fija esta condicion; el 1792 del Código Civil, porque el cumplimiento de la obligacion extingue la accion de nulidad; y el 1403, porque el consentimiento puede manifestarse de palabra, por escrito, ó por los hechos que lo indican.

"En el Considerando décimonoveno, la sentencia asegura que la accion que yo deduje era nacida del derecho civil y no mercantil: esto es contrario á las constancias de los autos, é infringe, por lo mismo, los arts. 554 y 724 tantas veces citados; demandé al Sr. Flores el cumplimiento del contrato, pero sin prescindir, sino ántes bien valiéndome de los elementos que tanto en el derecho civil como en el mercantil apoyaban mi pretension.

"El Sr. Castillo evidentemente tenia el carácter de factor del Sr. Flores, y por lo mismo, con arreglo á las doctrinas citadas en mis apuntes de informe, no necesitaba del poder en forma para obligar á su principal. Cierto es que en la época en que tuvieron lugar los hechos que han dado lugar á este juicio, no existia ley expresa que así lo determinara; pero tambien lo es que conforme al art. 20 del Código Civil ántes vigente, debieron consultarse para la decision los principios de derecho; y si así se hubiera hecho en el fallo, se habrian aceptado las teorías de los autores citados en mis apuntes: al no haberse obrado de esta manera se infringió el artículo citado.

"En el Considerando vigésimo se declara que no pude exigir el cumplimiento del contrato y el pago por vía de daños y perjuicios de cinco reales por arroba; y con esto se viola lo dispuesto por el art. 1537 del Código Civil ántes vigente, porque este precepto expresamente me autoriza á reclamar los daños y perjuicios consiguientes á la inejecucion, y estos daños ascienden, segun las pruebas rendidas, á la cantidad expresada.

"Por último, en la parte final de la sentencia, no sólo la Sala lleva á cabo una infraccion, sino que da á conocer hasta dónde llega la mala voluntad que tiene para conmigo, que he procurado arreglar mis actos en este negocio á la más estricta buena fe: digo esto en términos de defensa y sin tener el ánimo de lastimar á los Señores Magistrados; pero es lo cierto que no obstante de que el Sr. Flores faltó á sus compromisos en perjuicio mio, que rendí pruebas en los autos, que un juez imparcial y recto estimó procedente la accion que deduje, y que obtuve un fallo favorable, la sentencia me condena al pago de las costas causadas en las dos instancias del juicio.

"Esta condenacion infringe el precepto contenido en el art. 143 del Código de Procedimientos, porque sólo debe hacerse respecto al que procede con temeridad ó mala fe, y mi conducta no es acreedora á esta calificacion. La mejor prueba de ello es, que obtuve una sentencia favorable en la primera instancia; así es que, si en la segunda tuve la desgracia de encontrarme con Magistrados que opinaron de un modo adverso á mis justas reclamaciones y contrario tambien á lo que habia decidido el juez, lo que esto indica es que la cuestion que ofrecen los autos podia ser apreciada de diversa manera, pero nunca que hubiera obrado con temeridad ó mala fe. Léjos de esto, la condenacion debió haberse hecho respecto de la parte del Sr. Flores, porque deduciéndose de las pruebas rendidas por mi parte, que dicho señor dejó de cumplir el contrato, las costas debieron de ser de su cuenta, segun lo ordena el art. 1599 del antiguo Código Civil, igual en su precepto al 1483 del vigente, que tambien designo como infringido.

"En atencion á las razones expuestas, queda demostrado que en el fallo pronunciado por la cuarta Sala del Tribunal Superior, se infringieron los artículos siguientes:

"Del Código de Procedimientos vigente en el año de mil ochocientos ochenta, los 724, 715, 717, 732, 728, 614, 595, 825, fraccion segunda del 827, fraccion segunda del 1463, 526 y 520.

"Del Código de Procedimientos vigente, el 554, 678, 365, 626, 143, 431, 621 y fraccion segunda del 623.

"Del Código Civil anterior, el 1392, 1535, 1439, 1599, 20, 1537, 1401, 1792, 1403, 2543 y 2538.

"Del Código Civil vigente, el 1276, 1419, 1483 y 2426.

"En virtud de lo expuesto,

"A la Sala suplico se sirva admitirme el recurso de casacion que interpongo, y disponer que los autos se remitan á la primera Sala. Es justicia, que con lo necesario protesto."

RESULTANDO NOVENO: que sustanciado el recurso en esta primera Sala, y señalado dia para la vista, tuvo lugar el primero de Junio del corriente año, terminando el once del mismo, con asistencia de los Sres. Lic. Alberto Icaza, que informó por el recurrente, Lic. Jesus María Aguilar, por parte de D. José Flores, y el Ministerio público que estableció las siguientes conclusiones: "Primera: Ha sido interpuesto en tiempo y forma el recurso de casacion deducido por D. Remigio Noriega contra la sentencia definitiva que pronunció la cuarta Sala, con fecha 18 de Setiembre de 1885. Segunda: Es de casarse dicha sentencia, por infraccion de los arts. 10, 1392, 1400, 1401, 2543, 1537 del Código Civil de 1870, y 715, 724, 728, 520 y 825 del de Procedimientos de 1880." Y fueron declarados "Vistos" los autos, el once del corriente.

CONSIDERANDO PRIMERO: que por prescripcion expresa del artículo (731) setecientos treinta y uno del Código de Procedimientos, la Sala de casacion ha de hacer declaracion previa sobre si el recurso ha sido ó no legalmente interpuesto; y cumpliendo con ese precepto, encuentra que el introducido por parte de D. Remigio Noriega, si bien se interpuso en tiempo y en él se citó el primer motivo del artículo (711) setecientos once, no en todos los capítulos ha sido citada la ley infringida, precisándose el hecho ó concepto en que consiste la infraccion, en cuyo caso se encuentran los capítulos (3º) tercero, (8º) octavo, (9º) noveno, (10º) décimo, (11º) undécimo, (12º) duodécimo, (13º) décimotercero, (18º) décimoctavo, (19º) décimonoveno, (20º) vigésimo, (21º) vigésimoprimero, (24º) vigésimocuarto, (30º) trigésimo, (31º) trigésimoprimero y

(35º) trigésimoquinto; porque si bien en estos capítulos se han citado varias leyes infringidas y alegado conceptos diversos, se hace en muchos de ellos referencia á constancias de autos genéricamente y no á determinada diligencia y señalado hecho, y no se concreta la cuestion, razonando la aplicacion de cada uno de los preceptos al punto que se debate, á fin de precisar el concepto en obedecimiento del artículo (720) setecientos veinte del Código de Procedimientos. En virtud de lo expuesto, no pueden ser vistos en casacion los mencionados capítulos.

Considerando segundo: que como es de verse en el escrito en que se interpuso el recurso que va inserto á la letra en esta sentencia, la casacion se hace valer contra los Considerandos de la misma, y ya tiene declarado esta Sala en varias ejecutorias, que por razon de la naturaleza del mismo recurso la casacion se da contra la parte resolutiva y no contra los Considerandos de la sentencia.

Considerando tercero: que la cuestion propuesta por D. Remigio Noriega en la demanda, es la de compra de (25,000) veinticinco mil arrobas de azúcar, puesta en México á los precios que reza la factura no firmada que se acompañó (fojas dos); contrato que dice haber celebrado con D. Miguel Castillo, "*autorizado*" por D. José Flores, teniendo éste *al ménos conocimiento* de la gestion y aprobándola. Que tanto la celebracion del contrato como la autorizacion de Flores ó el conocimiento y aprobacion en su caso, son puntos de hecho de apreciacion de la Sala sentenciadora, y no puede atacarse útilmente en casacion la sentencia si no se demuestra que en la apreciacion de los hechos ha violado las leyes reguladoras de la prueba.

Considerando cuarto: que en la sentencia recurrida, la Sala sentenciadora ha juzgado que no estaba suficientemente comprobada la celebracion del contrato entre D. Remigio Noriega y Castillo, y ménos la autorizacion de D. José Flores á este último, general ó especial, ni su conocimiento, aprobacion y ratificacion; y lo ha juzgado así analizando y comparando los diversos medios de prueba utilizados por las partes, relacionándolos entre sí y re-

firiéndolos á los hechos propuestos en la demanda, para formar su conviccion moral, que causa la resolutiva de la sentencia; que para apreciar la prueba complexa y en conjunto por análisis, comparacion y relacion, la Sala no tiene regla fija, sino su criterio racional; ni se cita ni hay disposicion alguna que marque reglas precisas para valorar en conjunto las pruebas rendidas por los distintos medios que autoriza la ley. Así lo ha considerado la jurisprudencia de los Tribunales Españoles, en muchas ejecutorias, como puede verse en las de veintitres de Diciembre de mil ochocientos cuarenta y seis, quince de Julio de mil ochocientos cuarenta y ocho, once de Mayo de mil ochocientos cincuenta y cinco, y treinta de Enero de mil ochocientos cincuenta y seis, que corren en la coleccion respectiva; así lo dicta la recta razon y lo establecen como doctrina los comentadores de la ley de Enjuiciamiento española, bajo cuyas inspiraciones se redactó nuestro Código de Procedimientos. (Manresa y Reus. Comentario al artículo (317) trescientos diez y siete, párrafo: "Ni en la nueva ley es indudable.")

Considerando quinto: que atento lo expuesto, ineficazmente recurre la parte de Noriega en los capítulos (4º) cuarto, (17º) décimosétimo, (38º) trigésimoctavo, (5º) quinto, (14º) décimocuarto, (33º) trigésimotercero, (27º) vigésimosétimo, (34º) trigésimocuarto, (36º) trigésimosexto, (16º) décimosexto, (15º) décimoquinto, (22º) vigésimosegundo y (23º) vigésimotercero de su recurso; porque pretende hacer valer su queja alegando violaciones en la apreciacion de la prueba aisladamente, separando los elementos de que se compone y que mutuamente se completan, y de los que la Sala, por comparacion y relacionándolos, ha sacado el valor total de la prueba para resolver el punto de hecho. (Ejecutoria española de treinta de Marzo de mil ochocientos ochenta y dos. Tomo 48, página cuatrocientas treinta y dos.)

Considerando sexto: que la Sala sentenciadora, analizando las pruebas rendidas por ambas partes para fijar los hechos que resultan probados, refiriéndose á los propuestos en la demanda y contestacion, y valorando su eficacia, ha podido entrar al exámen de los que fueron consignados en las posiciones y estimar que

lo confesado por Noriega articulando la posicion novena (artículo (599) quinientos noventa y nueve del Código de Procedimientos), comprobado por el telegrama presentado por Flores (artículo (614) seiscientos catorce), está en abierta contradiccion con los hechos á que se refieren las posiciones diez y once, pues los términos del contrato "vender azúcar puesta en la Hacienda," son contrarios abiertamente á vender "en garita de México," como expresan las últimas: ha estimado que la misma posicion novena con la duodécima, están en contradiccion con la segunda y décimatercera, que suponen absoluta la facultad de contratar en el dependiente Castillo, en oposicion al contenido de las novena y duodécima, que suponen la instruccion previa en cada caso, y sobre todo, en el concierto propalado para la venta de azúcar de Oacalco: ha podido estimar que la confesion de Noriega contenida en la posicion novena que articuló (artículo (599) quinientos noventa y nueve), obsta á la prueba de testigos rendida en contrario de esa confesion expresa, confesion que además produce efecto en lo que perjudica al articulante y no en lo que le aprovecha (artículo (579) quinientos setenta y nueve); y entrando á averiguar la verdad por las deposiciones de los testigos presentados por parte de Noriega, no obstante la ineficacia de esa prueba, vista la confesion del mismo Noriega, ha podido estimar parcial y destituida de veracidad las de los corredores Gallegos y Guinchard, Barríos Antonio y Julio, y Blanco, el primero porque estaba interesado en que hubiera venta, para cobrar su corretaje, *en el que iba á medias* con Guinchard, y porque declara de ciencia cierta sobre el contrato que se dice cerrado en veintisiete de Febrero, siendo así que estaba acompañando á D. Remigio Noriega fuera de México, y el contrato se dice celebrado en México: el segundo por tener el interes que Gallegos sobre corretaje, declarar que Flores se obligó á pagarlo, en oposicion á lo que expresa la factura en borrador, y sobre todo estar en abierta oposicion lo que declara con el contrato proyectado, que se supone formado el veintisiete, y el testigo dice ser el veintiocho de Febrero el dia en que se perfeccionó: los dos testigos Barrios dicen haber asistido á la celebracion

del contrato, juntos con Guinchard; y aseverando éste que se celebró el veintiocho, parece que los testigos ese mismo dia estuvieron presentes, cuya asercion está en abierta contradiccion con el hecho propuesto en la demanda, de ser el dia veintisiete aquel en que se celebró el contrato: el testigo Blanco se encuentra en igual situacion, y todos estos son datos bastantes para dudar de la veracidad de los testigos que pudieran formar la conciencia racional del Juez para dar por ciertos los hechos sobre que declaran, y justificar los propuestos por el actor. En cuanto á las preguntas que les fueron dirigidas para justificar que Castillo estaba autorizado por Flores para contratar y celebrar la venta del azúcar, que fueron contestadas de conformidad, la informacion adolece de un defecto que la vicia y hace inverosímil; falta la razon fundada del dicho, pues ninguno afirma que viera esa autorizacion escrita ó siquiera la oyera de palabra, y todos fundan su aserto en una suposicion, que Castillo daba precios y era dependiente de D. José Flores. Ha podido, finalmente, estimar que la confesion ficta de Flores, si no ha sido destruida completamente por la prueba en contrario, sí ha sido desvirtuada y ha perdido su eficacia como confesion, teniendo sólo los efectos de presuncion, pudiendo ser apreciados en su arbitrio por la cuarta Sala (artículos (716) setecientos diez y seis, (745) setecientos cuarenta y cinco); y al hacerlo así se apoya en la razon jurídica, porque la confesion que hace prueba plena, es la explícita y absoluta que sea dicho en cierto sobre cosa ó cuantía, como dice la ley de Partida (Ejecutoria de 21 de Marzo de 1884, tomo 45, núm. 125); porque no puede reputarse confesion judicial la que carece del requisito de haberse realizado con perfecta seguridad del hecho puramente personal y en perjuicio exclusivo del confesante, y que además se halla destituida de todas las condiciones de credibilidad y aprecio, mediante á estar en abierta contradiccion con todas las alegaciones y pruebas admitidas anteriormente por el confesante y retractada de lleno por sus afirmaciones posteriores (Ejecutoria española, 15 de Marzo de 1870, tomo 22, núm. 135); y porque la Sala, para sentenciar, no aprecia únicamente en el fallo la confesion que sólo fué presuntiva, sino las de-

más pruebas en conjunto, para cuya apreciacion no tiene más regla que su criterio racional (Ejecutoria española, 25 de Noviembre de 1868, tomo 18, núm. 302); cuya jurisprudencia en nada se opone y ántes bien afirma nuestros preceptos expresos, contenidos en los artículos (712) setecientos doce, (715) setecientos quince y (716) setecientos diez y seis del Código de Procedimientos de mil ochocientos ochenta.

CONSIDERANDO SÉTIMO: que á la facultad de que usó la Sala calificando la prueba de confesion ficta, no obsta, como ha pretendido alegar el recurrente citando como infringidos los artículos (825) ochocientos veinticinco y (827) ochocientos veintisiete, fraccion (2ª) segunda, en los capítulos (7º) sétimo, (9º) noveno y (19) décimonoveno, la declaracion de confeso, hecha por el Juez 5º de lo Civil y confirmada por ejecutoria del Tribunal; porque si bien es cierto que es una verdad legal haber pasado el acto, no preocupa la apreciacion que de esa prueba debe hacer el Tribunal al sentenciar, ya considerándola por sí sola ya en relacion con las demás pruebas rendidas, y basta la simple lectura del artículo (715) setecientos quince para apreciar el alcance de los preceptos contenidos en los artículos (576) quinientos setenta y seis y (590) quinientos noventa. Dice el artículo: "Para que se consideren plenamente "probados los hechos sobre que ha sido *declarado confeso* un liti- "gante se requiere: primero, que el interesado sea capaz de obli- "garse: segundo, que los hechos sean suyos y concernientes al "pleito: tercero, que la declaracion sea "legal." Esta calificacion de requisitos debe ser posterior á la declaracion de confeso: así lo dice el artículo; luego es posterior al auto en que así se declaró, y su oportunidad no es otra sino la de la sentencia en que se deben apreciar las pruebas rendidas; y si el Tribunal encuentra que el declarado confeso aparece, por ejemplo, ser menor ó que el hecho confesado no es personal, debe tener como ilegal esa confesion, no obstante la ejecutoria, que no puede hacer que un menor se convierta en mayor de edad, ó un hecho ajeno en propio y personal; y esa ilegalidad no seria exclusiva de la confesion ficta, pues igual vicio tendria la expresa y explícita, y así podria declararlo la Sala

sentenciadora al apreciar esa prueba. (Citada ejecutoria de 25 de Noviembre de 1868, tomo 18, página 524, núm. 302).

CONSIDERANDO OCTAVO: que al estimar la Sala sentenciadora la prueba complexa dirigida á justificar la celebracion del contrato de venta de las veinticinco mil arrobas azúcar, en los términos concretos del borrador, y los enunciados en la demanda y el conocimiento y consentimiento del Sr. Flores, así como su ratificacion, hace mérito de sus condiciones de credibilidad y aprecio, tomadas de los diversos elementos probatorios suministrados por las partes, y relacionando los hechos propuestos en la demanda con las cartas de Flores suscritas en Oacalco, la de Noriega, el contenido del telegrama, las contradicciones entre las diversas preguntas del interrogatorio de posiciones entre sí, y con lo declarado por los testigos, y concluye: que no están justificados los hehos aducidos por el actor; y esta apreciacion toca á la moralidad de la prueba, que es de la facultad exclusiva de la Sala sentenciadora, y no cae bajo la censura del Tribunal de casacion. (Chenon. Des conditiones et effets de la cassation, núm. 51 y siguientes.)

CONSIDERANDO NOVENO: que fundada la ejecutoria de la cuarta Sala en que por el mérito de las pruebas aducidas que apreció en uso de su soberana facultad, no está justificada la celebracion del contrato de venta en los términos presentados en la demanda de D. Remigio Noriega, en cuyo contrato no aparece el consentimiento del Sr. José Flores ni su autorizacion para celebrarlo, ni conformidad anterior ó posterior, contra cuya apreciacion se ha recurrido ineficazmente; no hay base para juzgar sobre la violacion de los artículos (1400) mil cuatrocientos, (10) diez, (1392) mil trescientos noventa y dos, (2474) dos mil cuatrocientos setenta y cuatro, (2484) dos mil cuatrocientos ochenta y cuatro, (2486) dos mil cuatrocientos ochenta y seis, (1463) mil cuatrocientos sesenta y tres, (1535) mil quinientos treinta y cinco, (2543) dos mil quinientos cuarenta y tres, (1401) mil cuatrocientos uno, (2583) dos mil quinientos ochenta y tres, (1792) mil setecientos noventa y dos, (1403) mil cuatrocientos tres, (1439) mil cuatrocientos treinta y nueve, (20) veinte, y (1537) mil quinientos treinta y siete, Código

Civil de mil ochocientos setenta y dos, con los (1276) mil doscientos setenta y seis, (1419) mil cuatrocientos diez y nueve, y (1246) mil doscientos cuarenta y seis, Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro, á que refiere la queja en los Capítulos (1º) primero, (2º) segundo, (31º) trigésimoprimero, (26º) vigésimosexto, (25º) vigésimoquinto, (32º) trigésimosegundo, (3º) tercero, (28º) vigésimoctavo, y (29º) vigésimonoveno, (36º) trigésimosexto, (37º) trigésimosétimo, (39º) trigésimonoveno, y (40º) cuadragésimo; cuyas disposiciones serian invocadas haciendo supuesto de la cuestion.

Considerando décimo: que en el capítulo (41) cuadragésimoprimero se citan como violados los artículos (1599) mil quinientos noventa y nueve del Código Civil y (143) ciento cuarenta y tres del de Procedimientos, porque no condenó en costas la sentencia al Sr. Flores, siendo así que faltó al cumplimiento del contrato; alegacion que no puede atenderse porque en ella se hace supuesto de la cuestion, y habiendo declarado la Sala que no hubo contrato, cae la alegacion por su base y estuvo en la facultad de la misma Sala, conforme al artículo (143) ciento cuarenta y tres del Código de Procedimientos, la declaracion que hizo en el punto de costas.

Por las razones expuestas y con fundamento de los artículos (698) seiscientos noventa y ocho, (711) setecientos once, fraccion (1ª) primera, (712) setecientos doce, (719) setecientos diez y nueve á (721) setecientos veintiuno, (731) setecientos treinta y uno, (732) setecientos treinta y dos y (735) setecientos treinta y cinco del Código de Procedimientos Civiles, la primera Sala del Tribunal Superior declara:

Primero, por unanimidad: el recurso de casacion fué legalmente interpuesto.

Segundo, por mayoría: no es de casarse ni se casa la sentencia recurrida.

Tercero, por mayoría: se condena al recurrente al pago de las costas, daños y perjuicios que con motivo del presente recurso se hayan seguido á la parte contraria. Hágase saber, publíquese en

el "Diario Oficial," "Foro" y "Anuario de Legislacion y Jurisprudencia;" y con testimonio de este fallo remítanse los autos de la materia á la Sala de su orígen para los efectos legales, y archívese el Toca. Así lo proveyeron los Señores Presidente y Magistrados que forman en este negocio la primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito, y firmaron hasta hoy que se expensaron las estampillas correspondientes.—*I. Cejudo.—Antonio Moran.—Manuel Osio.—Cárlos Flores.—Eduardo F. de Arteaga.—J. M. Vega Limon*, Secretario.

50 cts



50 cts

